

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Sistema Político Brasileiro no Século XXI

Dissertação apresentada como condição para a conclusão do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Ciência Jurídico-Políticas, sob orientação do Senhor Professor Doutor António Pedro Barbas Homem.

Mestrando: Gilson Dias de Araujo Filho.
Aluno nº. 29140.

Lisboa

2020

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Sistema Político Brasileiro no Século XXI

Lisboa

2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus** que me possibilitou a oportunidade da realização deste Mestrado.

Agradeço a minha esposa e companheira **Mônica Figueiredo** por ter me acompanhado nessa jornada, e suportado tanto os momentos bons quanto os contrários.

Agradeço a compreensão de minha Família que me apoiou na vinda para Portugal e em todos os momentos que precisei dela, em especial meu Pai **Gilson**, minha Mãe **Stael** e minha Irmã **Estela**.

Agradeço aos Professores Doutores **António Pedro Barbas Homem, Paulo Otero, Vasco Pereira da Silva, Miguel Nogueira de Brito e Eduardo Correia Baptista**, pelas valiosas e memoráveis lições repassadas, orientações concedidas e atenção dispensada, essenciais na elaboração deste e na minha formação jurídico-filosófica, e a **Silvia Figueiredo** pela revisão ortográfica.

RESUMO

O sistema político tem passado por diversas transformações ao longo dos anos. As concepções dos séculos passados não são mais aptas a descrever o atual modelo, principalmente num mundo interconectado e de sociedades hipercomplexas. Desse modo, faz-se necessária a análise e debate sobre o tema, com vista a identificar quais são os novos conceitos e se é possível melhorar o atual sistema político brasileiro. Para tanto neste trabalho procuramos apresentar as bases da formação do Estado de Direito, recorrendo à doutrina clássica, a exemplo de Maquiavel, Jean Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, que ao longo da história formaram as bases dos sistemas políticos contemporâneos, analisando os elementos formadores do Estado moderno. Após essa fase propedêutica, investiga-se as bases do constitucionalismo e a viragem no século XX ocorrida para o Neoconstitucionalismo, aproveitando das lições de Dworkin e Alexy com o intuito de observar os critérios de distinção entre regras e princípios e como eles são aplicados nas decisões judiciais, em especial no cenário brasileiro no qual o protagonismo judiciário tem tomado cada vez mais proporções ativistas perante os outros poderes. Busca-se assim caminhar para que haja segurança jurídica e harmonia entre os poderes, através da observação e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Subsequentemente adentra-se à parte principal da pesquisa que busca verificar no sistema político brasileiro, sob a perspectiva comparada, possíveis metodologias, técnicas, experiências e alterações que podem ser executadas para promover uma melhora na qualidade democrática brasileira, aproximando o indivíduo de uma concreta participação na vida política.

Palavras-chave: Teoria do Estado, Ativismo Judicial, Sistema Político Brasileiro, Coalizão, Democracia.

ABSTRACT

The political system has gone through several transformations over the years, the past centuries conceptions are not able to describe the model present in the 21st century anymore, especially in an interconnected world and with hyper complex societies. That being said, it is necessary to analyze and debate this subject in order to identify what are the new concepts, and if it is possible to improve the current system. To do that, in this essay we sought to introduce the rule of law formation basis, in which we used legal scholars of many philosophers, such as Machiavelli, Jean Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu and Rousseau, who throughout History have contributed to the construction of the present system. After this propaedeutic phase, the foundations of constitutionalism are investigated and the turn in the 20th century towards Neoconstitucionalism, using Dworkin and Alexy lessons to observe the criteria of distinction between rules and principles and how they are applied in judicial decisions, especially in Brazilian scenario in which the judicial role has taken increasingly activists proportions before the other powers. The goal is to make sure that there is legal certainty and harmony between the branches, through observation and analysis of the Federal Supreme Court precedents. Later we approach the main part of this research, that looks up to verify possible methodologies, techniques, experiences and changes that can promote an improvement in the current Brazilian democratic quality, bringing the citizen closer to a concrete participation in political life.

Keywords: State Theory, Judicial Activism, Brazilian Political System, Coalition, Democracy.

Listas de siglas e abreviaturas

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

FMI – Fundo Monetário Internacional

HC – Habeas Corpus

LINDB – Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro

MEC – Ministério da Educação e Cultura

MI – Mandado de Injunção

MP – Medida Provisória

ONU – Organizações das Nações Unidas

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

Nota Prévia

Este relatório foi escrito em português do Brasil, língua materna do autor. Como é notório, o português do Brasil e de Portugal apresentam grande semelhança, contudo divergem em alguns vocábulos e semântica, observando as regras do acordo ortográfico entre os países de língua portuguesa.

As obras citadas em notas de rodapé observaram o seguinte formato: “BARBAS HOMEM, António Pedro. O Justo e o Injusto. Lisboa: AAFDL Editora. Reimpressão, 2017, p. 11;

Não se fez uso de expressões como obra citada, “idem”, “Ibidem” entre outras para facilitar a localização e identificação da obra, de modo que no caso de emprego da mesma obra em diversa parte do texto, aplicou-se o seguinte critério: “BARBAS HOMEM, António Pedro. O Justo e o Injusto...p. 11”. Assim se poderá localizar com precisão a obra com simples consulta às referências bibliográficas ao final do trabalho.

Todas as obras citadas em língua estrangeira foram objeto de tradução livre pelo autor, com o objetivo de facilitar a leitura dos que não possuem fluência no idioma original, contudo manteve-se também o texto principal.

SUMÁRIO

1	Introdução	11
2	QUAL A FUNÇÃO DO ESTADO?	14
2.1	Breve introdução aos elementos formadores do Estado	14
2.1.1	Sociedade e poder.....	14
2.2	Marcos Históricos para compreensão do Estado Moderno.	17
2.2.1	Maquiavel – Entre a virtude e a fortuna	21
2.2.2	Jean Bodin: O poder soberano, o poder absoluto.	28
2.2.3	Thomas Hobbes – O Leviatã, o Homem artificial e o Poder Coercitivo.....	32
2.2.4	John Locke – Os Dois Tratados sobre o Governo Civil e o <i>Commonwealth</i>	38
2.2.5	Montesquieu – O Espírito das Leis, separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.	43
2.2.6	Rousseau – Do contrato social e da vontade geral	48
2.3	Elementos formadores do Estado Contemporâneo.....	53
2.3.1	Povo	54
2.3.2	Território	60
2.3.3	Forma de Estado	61
3	O ESTADO SUBMETIDO AO DIREITO.....	63
3.1	Legitimidade e Legitimação do poder.....	66
3.2	Formas de Legitimidade.....	67
3.3	Direito Constitucional	70
3.4	O que significa constitucionalismo?	72
3.5	Texto constitucional e realidade constitucional	75
3.6	Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo	81
3.7	Regime Político e Sistema Político.....	83
3.7.1	Sistemas de Governo típicos dos regimes democráticos.	87

3.8	Regimes políticos democráticos.....	93
3.9	Erosão da democracia representativa.....	100
3.10	Possíveis soluções à erosão democrática: democracia participativa, consociativa, deliberativa e semidireta.....	102
3.10.1	Democracia participativa	102
3.10.2	Democracia consociativa.....	103
3.10.3	Democracia deliberativa	104
3.10.4	Nota sobre Internet e democracia	105
3.10.5	Democracia Semidireta e a participação direta do povo	114
4	O sistema político BRASILEIRO no século XXI	123
4.1	O Sistema Político Brasileiro: Presidencialismo de Coalização.	123
4.2	O Poder Executivo	126
4.3	O Poder Judiciário: um novo protagonista político	132
4.3.1	Ativismo Judicial ou Judicialização da Política? A superestimação dos princípios no Brasil: Critérios de distinção entre princípios e regras.	134
4.3.2	Positivismo: Kelsen e Hart.....	137
4.3.3	Tudo-ou-nada: Ronald Dworkin	143
4.3.4	Mandamentos de Otimização: Robert Alexy.....	150
4.3.5	Entre Hidra e Hércules: Marcelo Neves.....	164
4.3.6	Busca incansável pela segurança jurídica.....	174
4.3.7	Crítica ao funcionamento dos Tribunais Superiores Brasileiros.	179
4.4	O Congresso Brasileiro	188
4.4.1	Câmara dos Deputados.....	190
4.4.2	Senado Federal	191
4.5	Interpretação e instituições, uma verificação do problema do sistema político brasileiro.	192
4.6	O Efeito <i>Backlash</i> como resposta dos outros Poderes ao “ativismo judicial”	197

5	Conclusões	205
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	213

1 INTRODUÇÃO

Passados mais de meio milênio do descobrimento do Brasil, e mesmo após quase dois séculos da independência brasileira sobre as terras lusitanas não se vê grandes afastamentos de nossas culturas, além do pensar, compartilhamos a língua e diversos outros conjuntos que, de acordo com Paulo Bonavides, sofreram e ainda sofrem influxos recíprocos¹.

Em especial destaque a história do constitucionalismo luso-brasileiro, a exemplo dos direitos fundamentais que constituem um grande ponto entre a cultura jurídica brasileira e portuguesa, em particular no aprofundamento e observação desses direitos.

Ainda no pensamento de Paulo Bonavides, o constitucionalismo luso-brasileiro somente se deu entre 1820 e 1826, que se substancializa na outorga das Cartas Constitucionais de 1824 no Brasil e de 1826 em Portugal², ambas idealizadas por D. Pedro, as “Cartas Gêmeas”.

Entretanto o Manuel Gonçalves Ferreira Filho e José Melo Alexandrino³ identificam como três momentos distintos a história luso-brasileira em relação ao constitucionalismo, diferentemente do pensamento de Paulo Bonavides. Para os autores houve primeiramente um *princípio comum* pelas cartas outorgadas, em segundo momento um período de *distanciamento* compreendido pela constituição brasileira de 1891, com forte influência norte-americana no direito constitucional brasileiro, tendo como protagonista Rui Barbosa⁴, que pode ser verificado devido à adoção ao modelo federalista, pelo presidencialismo e pelo controle de constitucionalidade difuso e incidental.

O terceiro momento de *reatamento* ocorre por intermédio de influxos recíprocos e trocas constitucionais entre Brasil e Portugal, especialmente como a influência da Constituição brasileira de 1891 na portuguesa de 1911, e da mesma forma

¹ BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo Luso-Brasileiro: Influxos Recíprocos. In: Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra Editora. 1996, p. 22

² BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo Luso-Brasileiro... p. 45.

³ Cfr. ALEXANDRINO, José Melo. Linhas do Constitucionalismo Português e Brasileiro. In: Portugal e Brasil – Um Direito Comum No Bicentenário Do Reino Unido. Gráfica de Espinho. 2016, p. 32

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. IN: MIRANDA, Jorge(org.). Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I, Coimbra, 1996, p. 55.

pela constituição portuguesa de 1976 na brasileira de 1988, marcadas pela luta contra o autoritarismo da época sofrido pelas duas nações⁵.

Tendo este panorama inicial, buscar-se-á a releitura de textos dogmáticos dos jus filósofos centrais para definirmos o conceito de Estado e como se dá a sua formação. Analisar-se-á o Sistema Político no Século XXI sob a perspectiva Transnacional, mas sob a ótica da atual situação no Brasil, o que proporcionará entender que apesar de semelhanças existirem nos diversos Sistemas Políticos ao redor do globo, cada caso concreto possui especificidades e essas diferenças em situações que se apresentam de forma tão igual, desencadearam fundamentos muito diferentes presentes, em especial pelo tema do trabalho na legislação brasileira. O que se percebe é que tanto bases naturalistas como positivistas, costumes e outras fontes não estatais do direito foram utilizadas para se chegar ao modelo atual.

Para tanto, utilizando-se dos métodos científicos, históricos, hermenêuticos e dialéticos, na busca pela construção de um pensamento inovador, esta investigação demandou uma pesquisa bibliográfica extensa com necessárias e numerosas leituras sobre as instituições da Teoria do Estado e do Direito, que perpassam pelos autores clássicos até os mais contemporâneos.

No decorrer deste trabalho, enfrentamos algumas questões pontuais que repetidamente são novamente debatidas, e apesar de já enfrentadas por diversas vezes, são necessárias para uma readequação da realidade. O prisma, contudo, do qual partimos é relativamente diferente, de tal sorte, a sociedade em que vivemos, e em que cada vez mais o poder da economia se agiganta. Não obstante, em mesma medida se atrofia a compreensão da política pelo cidadão comum, que incessantemente tenta se encaixar em certos estereótipos pré-fabricados por sutis estratégias de marketing, numa espécie de vulgarização e banalização da vida e num incessante e perverso consumismo pelas mais diversas mídias e meios de comunicação.

⁵Cfr. Por exemplo, a censura sofrida pelos artistas, destaque Chico Buarque em sua letra *tanto mar*: “Foi bonita a festa, pá. Fiquei contente. E inda guardo renitente. Um velho cravo para mim”. Música em homenagem a revolução dos cravos, censurada na década de 70.

O império virtual e a fugacidade pela qual as informações estão disponíveis aconselham a questionar: qual será o trabalho do filósofo e do cientista político no tempo presente? Como agir num tempo em que ele mesmo não espera que o presente se torna passado em um clique de distância e seja imprudentemente esquecido? Agir num tempo em que se anseia por um futuro melhor, mas que a contrapartida é se perder o presente não faz sentido.

A resposta é um novo modo de pensar, talvez não totalmente novo, mas reformulando modelos antigos, e desse modo pensar criticamente o presente, não só para compreendê-lo, mas também para promover sobre ele uma transformação.

Para chegarmos aos ideais pretendidos, por primeiro, investigaremos como já dito as origens do Estado, um estudo dos marcos teóricos e dos fundamentos do Estado Moderno, um diagnóstico do “contrato social”. Elencaremos a posição adotada pelos grandes filósofos do assunto, para tanto recorreremos a Maquiavel, Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Rousseau, que através de seus escritos alicerçaram as bases teóricas da Teoria do Estado.

Consolidado esse conhecimento, na segunda parte, prosseguir-se-á para verificar quais as bases do atual modelo do sistema político brasileiro e se este internaliza conteúdo e características de outros modelos internacionais. Voltar-se-á para o presente, o Estado submetido ao Direito, e discorrer-se-á sobre a Teoria Constitucional através da apresentação dos conceitos contemporâneos de Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, o estudo do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, para vislumbrar a lógica da tripartição dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, matéria que está intimamente ligada ao problema desenvolvido no trabalho, o Sistema Político no século XXI sob a perspectiva transnacional.

Na terceira parte procurar-se-á perquirir um problema recorrente e amplamente debatido no âmbito do Sistema Político-Jurídico Brasileiro, a judicialização da política, ou ainda, o ativismo judicial; noutras palavras, a interferência do Poder Judiciário em questões relativas ao Executivo e ao Legislativo. A partir desse questionamento realizar-se-á um ensaio sobre os critérios de distinção das normas jurídicas, em especial as normas constitucionais e sua distinção entre

princípios e regras, com o intuito de verificar os métodos de definição e aplicação destes, partindo da concepção teórica de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Marcelo Neves, dessa forma, poder-se-á estabelecer uma síntese acerca da busca pela segurança jurídica no Brasil.

Na última parte, verificar-se-á quais as saídas para o problema apresentado para que haja uma harmonia entre os Poderes, quais medidas já foram implementadas e quais ainda podem ser. Numa sociedade hipercomplexa, com o advento de tecnologias que auxiliam a transmissão de conhecimento, e que já permitem uma pseudo presença de cada cidadão em todos os atos da vida pública, seja fiscalizando, contribuindo, ou compartilhando, a exploração destes meios deve ser pensada filosoficamente e ponderada criticamente. Tal tarefa é imprescindível. Talvez o problema filosófico que detenha mais carência de ser analisado é o problema do tempo presente, do que somos nós neste exato momento e quais medidas devemos tomar para melhorarmos a nossa realidade.

Toda lei tem sua razão, toda decisão deve ser fundamentada, e o que do final resulta, só pode ser devido às consequências do que lhe antes sobreveio, dos traumas e sucessos anteriores, que se mui bem empregados por intermédio de um conhecimento empírico, aprender-se-á com o que a história tem a contar para atuação no presente e consequentemente um futuro melhor.

2 QUAL A FUNÇÃO DO ESTADO?

2.1 Breve introdução aos elementos formadores do Estado

2.1.1 Sociedade e poder

O ser humano tende a viver em sociedades, ou seja, se agrupar por diversas razões e motivos, desde a divisão das funções diárias do grupo em que se encontra, buscando subsistência, mas também a própria reprodução da espécie e da sociabilidade, fatos inerentes a natureza humana. Quanto mais insignificante seu conhecimento e domínio sobre os fatores naturais que o cercam, mas é preciso a força da unidade do grupo em que se encontra.

Podemos definir que essa tendência se inicia logo ao nascer. A sociabilidade inicia-se por intermédio dos laços familiares, pois é uma necessidade vital e

psicológica, que naturalmente evolui de famílias para conjunto de famílias ou para comunidades. Devido a essa organização social ou a esses grupamentos surge a necessidade de se instituir regras, isto é, regras de conduta social para que se possa estabelecer quais condutas devem ser observadas por todos os membros desta comunidade, para que se possa dirimir conflitos que surjam no cotidiano do grupo e por fim, impor o cumprimento das regras e decisões pré-estabelecidas, buscando a salvaguarda da existência e do objetivo comum desta comunidade.

Isto deriva da própria natureza humana, a sociabilidade e a solidariedade fazem parte do ser humano, mas os indivíduos competem para obter, conservar e usufruir dos bens disponíveis e que geralmente são escassos. Em contrapartida, o conflito é também um atributo natural do homem; a escolha das vias adequadas para a resolução de conflitos; quais regras devem ser criadas, seguidas e impostas, e de toda sorte, como se deve desenvolver a comunidade, constituem pontos de divergência na tomada de decisões.

Carlos Blanco de Moraes afirma que a conflitualidade humana é positiva e em certo ponto salutar, pois sem ela uma comunidade de pessoas exclusivamente virtuosas não evoluiria, já que se contentaria com a própria mediania, deles e da sociedade em que vive⁶, e por tais razões era necessário o Direito, o qual tem como função regulamentar um conjunto de regras abstratas e obrigatórias com o intuito de ordenar o comportamento de determinados indivíduos em determinada sociedade com o escopo de solucionar conflitos por intermédio de decisões individuais e concretas, com aplicação de sanções ou punições àqueles que não as cumpram, com o uso da força se necessário.

Sociedade e Direito se influenciam mutuamente e o sistema jurídico resulta desta troca de fatores externos. Sempre que se constitui um novo grupo social surge a necessidade de estabelecer desde o início regras de organização e funcionamento, de tal modo (dessa maneira, assim), é necessário depositar em certas entidades ou autoridades sociais, este poder diretivo, para que se possa criar ou alterar as regras de condutas, aplicá-las e fazê-las cumprir.

⁶ MORAIS, Carlos Blanco. O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa. Edições Almedina S.A: Lisboa, 2018, p. 17.

Deste modo é importante destacar o conceito de “poder”, definido como “possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”⁷. Para Norberto Bobbio, há três tipos de poder que podem ser separados por uma tipologia dos três poderes, sendo: o poder econômico, o ideológico e o político, ou da riqueza, do saber e da força.⁸ O poder econômico é o que se vale da posse de certos bens necessários e escassos para modificar o comportamento daqueles que não os possuem.

O ideológico tem fundamento nas ideias formuladas por determinados indivíduos para alterarem o comportamento dos outros integrantes do grupo, sendo que daí nasce a importância dos que detêm o saber, como intelectuais e cientistas, porque dos conhecimentos deles emana o processo de socialização do grupo, tão necessário para sua coesão e integração, estando relacionado ao saber.

Existem outras variantes do poder, a saber, o poder familiar, o poder militar, o poder religioso, recentemente o poder da comunicação; entretanto, analisaremos mais a fundo o poder político. Para Bobbio este é o terceiro, que é baseado sobre “a posse dos instrumentos através dos quais exerce a força física; é o poder coativo no sentido mais estrito da palavra”.

Além do mais, definir o poder político como o poder cujo meio específico é a força, serve para fazer entender por que é que ele sempre foi considerado como o sumo poder, isto é, o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante.

O que têm em comum, estas três formas de poder, é que elas contribuem conjuntamente para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes com base no poder ideológico. Genericamente, em superiores e inferiores⁹.

A história nos conta que cada poder em certo momento assumia protagonismo sobre o outro, em especial neste século XXI temos acompanhado um discurso

⁷ CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Coimbra, 1995, p. 1.

⁸ Para Max Weber “Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.

⁹ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, sociedade: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 83.

de prevalência do poder econômico sobre o político, o que para Blanco de Moraes não assiste razão já que é o poder político que domina e deve dominar os demais, inclusive recebendo e trocando influxos recíprocos¹⁰.

É o poder político que edita as normas de condutas que podem impor separação entre Igreja e Estado, regular a atividade privada, e em casos excepcionais, expropriar bens que estejam na esfera do poder econômico, além de regular a liberdade de imprensa, uso da internet e dos meios digitais, colocando-se de frente ao poder da informação e/ou ideológico e ainda limitar o poder familiar com a constituição de normas de igualdade entre sexos e do reconhecimento de uniões e formas familiares atípicas.

Não se deve entender recursos de poder ou as influências sobre como possuir poder, nesse sentido que deve se estabelecer uma distinção e por conseguinte definir os limites do sistema político, pois condicionar e influenciar o poder político não é a mesma coisa que exercê-lo, neste sentido é que o poder político é o que domina os demais, pois embora o poder econômico por intermédio de grandes empresas e sindicatos possam causar influxos no sistema político, enquanto este estiver estruturado e organizado, as decisões por ele proferidas serão obrigatórias para todos, somente as decisões políticas emanadas por normas jurídicas são aplicáveis coercitivamente à generalidade, sendo soberanas.

2.2 Marcos Históricos para compreensão do Estado Moderno.

Antes do aparecimento e do uso corrente do termo "Estado", o problema da distinção entre ordenamento político e Estado nem mesmo se pôs. Mas a identificação entre a esfera da política e a esfera do Estado continua bem além do aparecimento do termo "Estado". Bobbio afirma que os assuntos relacionados ao Estado aparecem sob o nome de "política", o que deriva do conceito clássico de Pólis, ou seja, Cidade-Estado grega¹¹. É nesse sentido que há muito já se utiliza da expressão sistema político pelas vantagens semânticas, e por se tratar de um termo muito mais neutro.

¹⁰MORAIS, Carlos Blanco. O sistema político ... p. 17.

¹¹ BOBBIO, Noberto. Estado, Governo, sociedade...p. 76.

Do grego *Kratos*, "força", *earché*, "autoridade" nascem os nomes das antigas formas de governo, a exemplo de aristocracia, democracia, monarquia, oligarquia e dentre inúmeras outras que podemos citar, isso demonstra a ligação que existe entre Estado e política, qual seja a referência ao fenômeno do poder.

Não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de poder, o vocábulo democracia é o resultado desta conjunção de dois substantivos de origem grega: *demos* (povo) e *kratos* (força, poder de tomar decisões coletivas). Na democracia, manifestam-se as divergências. A pluralidade de opiniões gera o dissenso e nesta dialética a democracia vai sendo construída (se construindo).

A democracia como conhecemos hoje não é mais a que se estudou um dia nos livros de História, a exemplo da Grécia, berço da democracia, já que ali teria sido o momento vestibular e máximo do exercício do poder a partir da participação de todos¹². Essa democracia praticada entre os séculos XII e X a.C. era de participação direta, não se exercendo por intermédio do instituto da representação.

Isso decorre devido ao pequeno número de cidadãos aptos ao exercício do poder¹³, e ainda, pela não participação ativa de todos, mas é notório que as pessoas se reuniam na praça com a finalidade de tomar as decisões políticas que seriam executadas. Bernadette Siqueira Abrão¹⁴ menciona que a democracia grega, principalmente a de Atenas, é o resultado de lutas sucessivas. Primeiro entre os ricos comerciantes sem acesso ao poder e a aristocracia hereditária, que o monopoliza; em seguida, entre essas duas camadas, as que já compartilhavam o poder, e as classes mais pobres.

Tal fato permanece assim até os dias de hoje, a democracia representa uma tensão constante entre as diversas camadas sociais, presente num tênue

¹² Ressalta-se que somente os cidadãos assim entendidos, podiam exercer a participação, dentre os quais os homens adultos que eram considerados cidadãos, não podendo exercer a mesma participação os estrangeiros, os escravos, os jovens e as mulheres.

¹³ "Nessa época, Atenas possuía quarenta mil cidadãos que, somados às suas famílias, completavam um total de 150 mil indivíduos. Os metecos (estrangeiros, filhos de não-nascidos em Atenas) chegavam a cinquenta mil e os escravos perto de 120 mil. Assim, de uma população estimada de 320 mil pessoas, apenas quarenta mil participavam da democracia ateniense" Cfr. VICENTINO, Cláudio. História geral. São Paulo: Scipione, 1997, p. 73.

¹⁴ ABRÃO, Bernadette Siqueira. História da Filosofia. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 21

equilíbrio, pois mesmo com as discrepâncias que as separam, todas estas possuem o direito de participação política.

Contudo, após essa experiência grega, somente ressurgiu a democracia com começo da idade moderna, no entanto, para seu exercício passou-se a utilizar do instituto da representação, não sendo o direito exercido diretamente e sim por intermédio de representantes, que em nome dos que lhe escolheram irão tomar as decisões em proveito da comunidade.

A diferença não surge apenas nesse ponto, os antigos presavam mais a participação política e desconheciam a autonomia privada, enquanto os modernos sempre estão prontos a desistir da participação política, desde que seus direitos e liberdades individuais permaneçam preservados.¹⁵

Talvez se faça necessária uma releitura da democracia nos tempos da tecnologia. Olhar o passado para analisar e incorporar o que por intermédio das experiências se provou positivo e satisfatório; relegar e até mesmo abandonar as práticas nocivas, que por vezes, afundaram a democracia ou subverteram seu real significado. Nesse sentido é importante destacar as lições dos grandes estudiosos dessa matéria, como Nicolau Maquiavel e “O Príncipe”¹⁶, Thomas Hobbes e “O Leviatã”, John Locke e os “Dois Tratados sobre o Governo”¹⁷, Montesquieu e “O Espírito das Leis”¹⁸, Jean-Jacques Rousseau e “o contrato social”¹⁹, dentre outros.

Todos esses autores contribuíram para formação do significado de diversos conceitos que são de suma importância para a modernidade política, como soberania, poder, unidade de Estado e lei. A Teoria Geral do Estado deve ser o ponto inicial para a pesquisa aqui promovida. Entender como o jusnaturalismo se apresenta como substrato filosófico da organização política que surgiu após o Estado Nacional, culminando nas instituições políticas do constitucionalismo clássico, que serviram de base para estabelecer o Estado Constitucional.

¹⁵ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. FACHIN, ZulmarAntonio. Movimentos Sociais na Constituição Brasileira de 1988 A Construção da Democracia e dos Direitos Humanos. In: *Revista de Direitos Humanos e Democracia*. Editora Unijur. Ano 6. Nº 12. Jul/Dez. 2018.

¹⁶ Il principe nome original em italiano.

¹⁷ *Two Treatises of Government* nome original em inglês.

¹⁸ *The Spirit of Laws* nome original em inglês.

¹⁹ *Du contrat social* nome original em francês.

Para Jorge Miranda,²⁰ o processo histórico se revela fundamental na inteligência do fenómeno estatal. De forma clara afirma que: “Quer como ideia ou concepção jurídica ou política quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo)”.

Apresentar-se-á assim a evolução do pensamento dos autores acima citados, para que, por intermédio destas teorias clássicas, e com a perspectiva do século XXI, ou seja, analisando-as a partir da modernidade, possa-se teorizar uma sociedade mais justa, com melhor qualidade de democracia e mais igualdade entre os indivíduos, numa busca incessante por mais equidade, por segurança jurídica e pela proteção dos direitos humanos. Gregorio Paces-Barba Martínez²¹ observa que a cultura dos direitos humanos e, por conseguinte, a linguagem que a significa inclina-se à visão subjetiva, ao referente individual, à titularidade dos direitos, mais que ao sistema de normas que a sustenta e ampara. O sujeito e sua proteção constituem o núcleo central necessário para a compreensão do problema e o elemento unificador último, que comunica a todos os termos usados como sinónimos de direitos humanos.²²

Não se pode ignorar, todavia, que eles também são mencionados nas sociedades nas quais prevalecem governos tiranos. Mesmo sob a égide desses governos, os direitos humanos fazem parte do discurso oficial. São invocados pelo Estado que os consagra em suas leis e até mesmo na Constituição, porém não são promovidos e efetivados. Embora façam parte do Direito oficial, não são levados a sério.

Este fenómeno da interdependência entre a democracia e os direitos humanos é teorizado por diversos doutrinadores, estudiosos e filósofos do direito. Destaco

²⁰ MIRANDA, Jorge, Teoria do Estado e da Constituição, Editora Forense, 2002, p. 23

²¹Gregorio Martínez pontua: “Vale ressaltar que a democracia e os direitos humanos estão em situação de reciprocidade, visto que, em um regime democrático os direitos humanos têm mais chances de serem protegidos e efetivados, uma vez que onde os direitos humanos são protegidos e usufruídos pelas pessoas, a democracia tem mais força para se consolidar. Os direitos humanos encontram o habitat propício nas sociedades em que o regime é democrático, possibilitando promovê-los e efetivá-los. Pode-se afirmar a existência de interdependência entre democracia e direitos humanos.”

²² MARTÍNEZ, Gregorio Paces-Barba. Curso de Derechos Fundamentales – teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 23

em especial novamente Norberto Bobbio²³, que conclui que é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que o Estado liberal e o Estado democrático, quando caem, caem juntos.

De tal sorte, a democracia sendo cultivada e preservada fará com que desabrochem e desenvolvam-se os direitos humanos; mas ao contrário, onde ela for afrontada e destruída, os direitos humanos serão impiedosamente esmagados. Assim, passamos a elencar e pontuar os grandes estudiosos do Estado e suas contribuições, para posteriormente nos voltarmos novamente à existência e ao efetivo exercício da democracia e de que forma ela influencia o atual sistema político do século XXI.

2.2.1 Maquiavel – Entre a virtude e a fortuna

Nicolau Maquiavel²⁴ foi um diplomata²⁵, historiador, poeta e dramaturgo; viveu num período agitado por sucessivas disputas de poder (1469/1527), a citar os Savonarola, de Borgia, e dos Médicis, com a fragmentação da Itália em diversos focos de poder e autoridade²⁶. Foi um pensador das causas políticas de seu tempo, apresentando-se como o primeiro cientista político que soube desenvolver o conceito político de Estado, consoante com os métodos empíricos, ao observar as duas formas de poder preponderantes devido a subdividida Itália: República e Principado.

Após a volta dos Médicis ao poder em 1512, suas tarefas sofreram imprevista suspensão. Maquiavel foi demitido, proibido de abandonar o território florentino e em fevereiro de 1513 foi preso e torturado, devido à suspeita de tomar parte na fracassada conspiração contra o governo dos Médicis.

²³ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 32-33.

²⁴ Niccolò Macchiavelli em italiano.

²⁵ Foi secretário da segunda chancelaria da República de Florença de 1498 a 1512.

²⁶ A Itália era então constituída por pequenos e assimétricos Estados, caracterizados por variados regimes políticos, susceptíveis a conflitos permanentes e a invasões estrangeiras.

Em 1513 escreveu; O príncipe²⁷, a qual detém maior destaque dentre suas obras, mas podemos destacar também; O discurso sobre a primeira década de Tito-Lívio²⁸ (1512/1519); Discurso sobre a reforma do Estado de Florença²⁹ (1521); A história florentina de 1251 a 1492³⁰ (1520/1525); A arte da guerra³¹ (1521); e alguns outros textos sobre poesia e teatro³².

A preocupação de Maquiavel não está centrada nem na lei natural, nem na lei ideal que poderia governar a política. Ele rejeita as tradicionais reivindicações universais da filosofia moral fundadas na revelação, na convenção ou na Lei Natural, e parte para uma análise voltada para a manutenção do poder, na metodologia aplicada a ao que efetivamente fazem os homens ao estarem em convívio com o poder, ou o que poderiam fazer.³³

Gramsci³⁴ assevera que se trata de um livro vivo, pois teoria política e ideologia se fundem para formar o mito, símbolo da vontade coletiva. É uma intelectualização doutrinária, noutras palavras, teoriza a capacidade do príncipe em manter a unidade do Estado ao encarnar a vontade da burguesia e a de um Estado moderno unificador da nação italiana, um verdadeiro *condottiere*³⁵, e investiga qual a essência, quantas espécies podem ser, como são conquistados e perdidos os principados.

Ao avaliarmos a obra de Maquiavel temos que ter em mente seu contexto histórico. Ao justificar a monarquia nacional e absoluta como forma política de Estado, foi fiel a sua época e a sua classe, o que posteriormente auxiliaria o desenvolvimento das forças produtivas do capitalismo. Isto se deve a

²⁷ Il Principe em italiano.

²⁸ Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio em italiano. Neste livro o autor estuda as exigências inerentes ao governo republicano sobre a base prevalecente dos exemplos extraídos da história antiga. A obra do florentino, norteadada pela busca da verdade efetiva, rompe com a escolástica medieval e com os pressupostos socioeconômicos que a sustentavam, ao resgatar o paradigma greco-romano. VERDU, Pablo Lucas. Estado liberal de derecho y estado social de derecho. Salamanca.: Acta Salamanticensia, 1955. *Apud*. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da globalização. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49.

²⁹ Discorso sopra il riformare lo stato di Firenze em italiano.

³⁰ Istorie Florentine em italiano.

³¹ Dell'Arte della Guerra em italiano

³² BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado: Filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 181.

³³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da globalização. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49.

³⁴ GRAMSCI, Antônio. Maquiavel, a política e o estado moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1989, p. 3.

³⁵ Líder, tradução livre.

problemática desenvolvida por Maquiavel, visto que não busca legitimar o poder, mas sim mantê-lo baseando-se na força e na perspicácia, já que para ele esses são os elementos capazes de ocasionar o declínio de impérios e governos, ou seja, a ruína dos governantes.

Ao teorizar por meio diverso da tradição de Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, retira dos clássicos romanos inspiração para a formação de sua regra metodológica de descrição das histórias do poder e das formas de governar: a verdade efetiva (*veritàeffettuale*)³⁶.

Em O Príncipe, o autor estuda os principados, o governo de um homem só, despertando polêmicas numa metodologia descritiva como ele mesmo a apresenta³⁷, e constantemente recorre à metáfora, para caracterizar os homens como seres malignos, ingratos, dissimulados, gananciosos e temerosos quando de frente aos perigos; ressalta que tais condições são inerentes a natureza humana, o que desdobrará consequentemente em conflito e anarquia.

Essas concepções maquiavélicas explicam seu ceticismo em relação à possibilidade de permanência das repúblicas e sua esperança em um príncipe audaz, energético, dotado de *virtú*, protegido pela *fortuna*, que possa libertar a Itália de seus invasores e o faz através da insinuação aos principados novos,

³⁶ “Maquiavel rejeita a tradição idealista de Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino e segue a trilha inaugurada pelos historiadores antigos, como Tácito, Políbio, Tucídides e Tito Lívio. Seu ponto de partida e chegada é a realidade concreta. Daí a ênfase na *veritàeffettuale* – a verdade efetiva das coisas. Esta é sua regra metodológica: ver e examinar a realidade tal como ela é e não como se gostaria que ela fosse” WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 2001. v. 1 e 2, p. 17.

³⁷ Não cogitarei aqui das repúblicas porque delas tratei longamente em outra oportunidade. Voltarei minha atenção somente para os principados, irei delineando os princípios descritos e discutirei como devem ser eles governados e mantidos. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe, p. 4. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf> > acesso em 12 abr. 2019.

que o poder há de ser conquistado por intermédio da *virtú*³⁸, *fortuna*³⁹, *vis ou força*⁴⁰, e o consentimento dos cidadãos⁴¹.

Maquiavel é sem dúvida uma referência no âmbito da política; a palavra *maquiavelismo* traz uma carga semântica pesada. Bobbio⁴² diz que esta é uma expressão para indicar um modo de agir na vida política, ou até mesmo, em outros setores sociais, agir de modo falso; sem escrúpulos; com artimanhas fraudulentas; é aquele que se demonstra agir por princípios morais e altruísticos, mas na verdade só está interessado em si. Entretanto essa concepção não demonstra o real significado da obra tão discutida e rechaçada inicialmente⁴³.

O pensamento de Maquiavel inaugura uma nova ética para a política⁴⁴, ele é um guia orientador das atitudes práticas do governante, que simplesmente descreve as atitudes humanas quando este detém ou pretende ter o poder.

É notório que hoje, ao lado do poder, encontram-se o desmando, a vaidade, a corrupção, o favoritismo, a crueldade, o egoísmo, a arrogância, o unilateralismo, o autoritarismo, o interesse particular, a volúpia... e, em vez de ignorar ou maquiar estes elementos ligados ao poder Maquiavel os escancara, visto que para ele o Governante não precisa de qualidades como ser piedoso, fiel, humanitário, íntegro ou religioso, é necessário somente que aparente possuí-las⁴⁵.

³⁸ Realidade subjetiva que exige atitude dinâmica do governante, e qual deve ser dotado de sabedoria e ambição dos grandes fundadores do Estado. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 20.

³⁹ Acaso ou sorte que sempre deve acompanhar o governante, constituindo-se numa realidade objetiva e mutável. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe...p. 24

⁴⁰ O governante pode e deve fazer uso da força quando julgar necessário para sua ascensão e manutenção no poder, utilizando-se de ações aceleradas e execráveis, ou do favor dos outros concidadãos. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 32.

⁴¹ O governante, dotado de astúcia afortunada, logra a anuência ou a ajuda de seus compatriotas em sua ascensão ao poder, ao configurar o principado civil. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 37.

⁴² BOBBIO, Matteucci, Pasquino, Dicionário de política, 5. ed., 2000, v. 2, p. 738.

⁴³ O livro foi julgado pelo cardeal-arcebispo de Cantebury, Reginald Pole, por considerar ter sido escrito "pela mão do demônio", fato que leva este ser colocado no index da igreja em 1559, pelo Concílio de Trento, a pedido do papa Paulo IV, também foi criticado ferozmente por Inocencio Gentillet, que atribuía uma das razões do massacre da Noite de Bartolomeu (disputa pelo trono francês) ocorrido em Paris, em 1572, a doutrina de Maquiavel.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 192.

⁴⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 69.

Vai além, demonstra como conquistar, administrar e conservar o poder, práticas aplicadas, mas nunca pronunciadas, todos as utilizam, mas nunca as dizem em alto e bom som.

Através de uma sistematização de suas experiências, Maquiavel coloca seus conhecimentos sobre o assunto para a posteridade e para os que exercem função de governo. Rompe com a moralidade tradicional no terreno político, pois deixa claro que o príncipe tudo pode e não está atrelado a virtude cristã.

Sua virtude é saber administrar as diferenças e os interesses que o cercam para manter-se no poder e construir a estabilidade do governo. Maquiavel não faz a apologia do fato de que a posse do poder exige atos que não são congruentes com a moralidade cristã, mas não gasta tempo lamentando que o príncipe algumas vezes, talvez a maior parte do tempo, terá de agir de um modo não cristão⁴⁶.

A *virtú* do príncipe não pode ser a mesma que a igreja catequiza, é na verdade uma habilidade mundana de administrar o poder e suas instabilidades⁴⁷. A moralidade política poderá, por vezes, exigir do príncipe atos que o concedam a fama de cruel, são a necessidade e a oportunidade que mostram ao príncipe como este deve agir, já que nem todos os homens são bons, somente em tão situação os preceitos por ele elencados não se aplicariam, mas jamais faltam justificativas para suas ações, tão simples são os homens e de tal forma cedem às necessidades presentes, que aquele que engana sempre encontrará quem se deixe enganar⁴⁸.

Essa habilidade há muito utilizada, mas agora sistematizada por Maquiavel, consiste na *virtù*, sem ela o príncipe não conseguirá se manter no poder, tal

⁴⁶ CHISHOLM, Robert, A ética feroz de Nicolau Maquiavel, in Quirino et al. (Org.), Clássicos do pensamento político, 1998, p. 54 *Apud* de BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 192.

⁴⁷ Um príncipe, portanto, deve ter muito cuidado em não deixar escapar de sua boca nada que não seja repleto das cinco qualidades acima mencionadas, para parecer, ao vê-lo e ouvi-lo, todo piedade, todo fé, todo integridade, todo humanidade, todo religião; e nada existe mais necessário de ser aparentado do que esta última qualidade. É que os homens em geral julgam mais pelos olhos do que pelas mãos, porque a todos cabe ver, mas poucos são capazes de sentir. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 69.

⁴⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 68.

concepção já é delineada nas primeiras páginas de sua obra⁴⁹ e a acompanha por todo o texto, que a torna inteligível pela exposição de variados exemplos⁵⁰.

Destaca que mesmo com poderosos ao lado do governante, fortuna e tradição não são elementos suficientes para manutenção do poder, pois quem a conquista apenas pela fortuna, não possui a *virtú*, e enfrentará muito esforço para se manter, de modo que melhor que fortuna é possuir a *virtú*, pois esta providenciará melhores resultados.

Maquiavel indica o caminho e os meios para a manutenção do poder, pois a finalidade justifica certas posturas próprias de quem administra o poder já que quem enfrentar grandes dificuldades, defrontando-se em seu caminho com perigos que precisam ser superados com a *virtù*, se superados passa a ser venerado, justamente por aniquilar os que invejavam suas qualidades, assim torna-se poderoso, seguro, honrado e feliz⁵¹.

A força corrosiva do pensamento e do estilo de Maquiavel superou amplamente o objeto do monumento, por ter realçado tão cruamente o problema das relações entre política e a moral, por ter consumado uma cisão profunda, uma irremediável separação entre elas. O Príncipe atormentou e atormenta a humanidade, e assim continuará, ao menos enquanto não tivermos nos despojado inteiramente de certa cultura moral herdada, no que diz respeito ao Ocidente, de alguns Antigos célebres e sobretudo do cristianismo.

⁴⁹ Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados. Os principados são: ou hereditários, quando seu sangue senhorial é nobre há já longo tempo, ou novos. Os novos podem ser totalmente novos, como foi Milão com Francisco Sforza, ou o são como membros acrescentados ao Estado hereditário do príncipe que os adquire, como é o reino de Nápoles em relação ao rei da Espanha. Estes domínios assim obtidos estão acostumados, ou a viver submetidos a um príncipe, ou a ser livres, sendo adquiridos com tropas de outrem ou com as próprias, bem como pela fortuna ou por virtude. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 4.

⁵⁰ Destes dois citados modos de vir a ser príncipe, por virtude ou por fortuna, quero apontar dois exemplos ocorridos nos dias de nossa memória: estes são Francisco Sforza e César Bórgia. Francisco, pelos meios devidos e com grande virtude, de privado tornou-se duque de Milão; e aquilo que com mil esforços tinha conquistado, com pouco trabalho manteve. Por outro lado, César Bórgia, pelo povo chamado Duque Valentino, adquiriu o Estado com a fortuna do pai e, juntamente com aquela, o perdeu; MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 25.

⁵¹ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe...p. 23.

Pode-se perceber o interesse de imiscuir-se no diário da vida do príncipe, orientando-o para a ação, livrando-o das traições do poder, aconselhando-o a como governar e manter o governo⁵².

Sua doutrina não espelha o ideal ou o que se pareça ideal, do contrário, demonstra com ultra resolução todas as imperfeições do poder, e o que é necessário para que o governante se mantenha no poder. É pela sua experiência empírica que repassa orientações para o governo político da sociedade em seus aspectos quotidianos.

Sem encobrimentos do que seria moralmente aceitável ou correto, ao demonstrar em seu livro o poder em plena ação, em pleno movimento, longe de uma suposta salvação divina, e o afastado da utopia, discorre sobre a prática da relação sobre o poder. É um processo indutivo e não dedutivo⁵³, os fins justificam os meios, tudo é válido quando se trata de administrar, conservar e manter o poder.

Ao dividir as esferas da crença religiosa e dos valores pessoais do príncipe, bem como também afastar da crença os valores necessários para a administração do poder, Maquiavel deixa clara a cisão provocada entre ética e poder; quem detém o poder deve agir para conservá-lo. Razão pela qual seu nome sempre é correlacionado com algo depreciativo, ultrajante e desfavorável, talvez por eliminar toda espécie de limites normativos-morais que possam limitar a autoridade do príncipe e tão somente o submetem às normas técnicas do poder, à *ratio status*⁵⁴.

Deste modo, verifica-se que Maquiavel é antecessor de qualquer concepção realista a respeito da democracia, haja vista que a opinião da maioria não deve ser considerada, já que por vezes o intelecto da massa, ou ainda, sua capacidade crítica é quase inexistente, ou ainda poderá ser manipulada por interesses de grupos de pressão, o que como dito justifica as ações do governante para a manutenção do poder⁵⁵.

⁵² BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado...p. 191.

⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado...p. 191.

⁵⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado...p. 51.

⁵⁵ Procure, pois, um príncipe, vencer e manter o Estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados, porque o vulgo sempre se deixa levar pelas aparências e pelos

Essa visão deve ser reconhecida tanto nas democracias passadas como nas democracias presentes e se Maquiavel tivesse previsto o crescimento demográfico e a complexidade que as sociedades iriam alcançar, poderia efetivamente ter pensado que o governo do povo pelo povo é, em si, impossível.

2.2.2 Jean Bodin: O poder soberano, o poder absoluto.

Jean Bodin, nascido em Angers, professor de direito, depois magistrado, ativamente envolvido nos negócios públicos e na diplomacia de seu tempo⁵⁶, destaca-se por sua ampla cultura humanística e por enaltecer o absolutismo, o poder absoluto, e o amplo exercício da soberania, teórico mais importante dentre os *politiques*⁵⁷, em busca da fundamentação da causa da comunidade política que permitiria à monarquia francesa consolidar-se mediante a imposição da ordem pública.

Bodin detém diversas publicações, contudo as mais importantes são: Método para a fácil compreensão da história⁵⁸ (1566) e; Os seis Livros da República⁵⁹ (1576), que são de decisiva significação para o tema da política, e, em particular, para o tema da soberania.⁶⁰

Na sua obra *De la République*⁶¹, escrita em um período de agitação e incertezas na França, Bodin indicava que a razão natural do Estado consistia no reconhecimento da estrutura hierárquica a ser articulada entre os interesses dos súditos e os hegemônicos do monarca, pressupondo a necessidade de conservação da vida mediante a paz e alimentação dos governados em detrimento da guerra.⁶²

resultados, e no mundo não existe senão o vulgo; os poucos não podem existir quando os muitos têm onde se apoiar. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe... p. 70.

⁵⁶CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias - 1900. Tradução, Lydia Cristina. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Agir, 2002. Título Original: Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel à nos jours, p. 52.

⁵⁷ Pequeno grupo de intelectuais franceses que pretendia estabelecer a paz na França.

⁵⁸methodus ad facilem historiarum cognitionem em Latim.

⁵⁹Six livres de la République em Francês.

⁶⁰BARROS, Alberto Ribeiro. A teoria da soberania de Jean Bodin. São Paulo: Unimarco: Fapesp, 2001. Pag. 27.

⁶¹ Seis Livros da República tradução livre.

⁶² SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 51.

Apenas com a satisfação desses interesses, os homens poderiam dedicar-se, inicialmente, a história e a outras ciências humanas, posteriormente a astrologia e a astronomia, e no plano espiritual, a veneração e a glória divina⁶³. Preocupasse em elaborar o conceito de soberania, que ainda não estava delineado e fora negligenciado por pensadores contemporâneos.

Deste modo, Bodin⁶⁴ assevera que é necessário formular a definição de soberania, porque não há qualquer jurisconsulto, nem filósofo político que a tenha definido e, portanto, é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República⁶⁵.

Bodin desenvolveu o princípio da legitimação da soberania, como fundamentação filosófica clássica do Estado moderno e da razão política. Para ele soberania é poder supremo, juridicamente ilimitado, sobre os cidadãos e os súditos⁶⁶. Cuida de delimitar também o que seja uma república e o faz com base na caracterização de alguns elementos primordiais para sua constituição. Sua definição virá representando “o conjunto de famílias ou de colégios submetidos a uma só e mesma autoridade”.⁶⁷

A república possui três espécies de leis, a primeira a lei moral, cuja atuação é limitada ao foro íntimo de cada pessoa; a segunda a lei doméstica, na qual a sua atuação é limitada ao âmbito familiar pelo chefe da família e seus dependentes e; a última a lei civil, que se aplica a todos os membros da sociedade política.

É nesse panorama que surge o quarto elemento de distinção da definição bodiniana: A soberania, pela qual o Estado, os magistrados, a sociedade política se movem e têm seu eixo. Ela reúne as famílias, os corpos, os colégios e todos os particulares num corpo perfeito.⁶⁸ Verdadeira cola que liga as relações

⁶³BODIN, Jean. Os seis livros da república. Liv. I, Cap. VIII Apud. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 51.

⁶⁴ BODIN, Jean. Os seis livros da república. Apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83.

⁶⁵ A palavra República é utilizada como Estado, em seu sentido moderno.

⁶⁶ *Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas.*

⁶⁷ BODIN, Jean. Método para a fácil compreensão da história VI, p. 351 B Apud. BARROS, Alberto Ribeiro. A teoria da soberania de Jean Bodin... p. 201.

⁶⁸ BODIN, Jean. Os seis livros da República, Livro I, 2, Pag. 43 Apud. BARROS, Alberto Ribeiro. A teoria da soberania de Jean Bodin... p. 233.

sociais, sem a qual se tornaria impossível a vida organizada politicamente e sem a qual o Estado não se sustentaria⁶⁹.

Bodin apresenta três modelos para o exercício da soberania e do poder soberano, quando este pertence necessariamente a um só indivíduo, a um pequeno número de notáveis, ou ainda, ao conjunto de todos ou pelo menos da maioria dos cidadãos, respectivamente representando o modelo de uma monarquia, uma aristocracia ou uma democracia.

Em seus escritos é visível a preferência pelo primeiro, já que acredita que o direito da soberania não pode estar e nem subsistir senão numa monarquia, pois só um deve ser soberano numa República. Se dois, ou três, ou vários possuem esse direito, ninguém é soberano, visto que não se pode dar nem receber a lei de um companheiro.⁷⁰

Destarte, o poder soberano, denominado *summa potestas*, segundo Bodin, era perpétuo, inalienável e imprescritível. Por poder absoluto, ele desqualifica qualquer dos demais poderes que possa de qualquer maneira influenciar o Estado. O poder soberano é superior, não está restrito às leis, é dele que emana a criação e as transformações da lei, pode ir além, alterar, cancelar ou anular palavras inúteis da lei, substituindo-as por outras, o que não pode ser feito por quem está sujeito às leis, pois nenhuma lei há de obrigar o soberano, este somente está limitado pela lei natural⁷¹ e divina⁷², a qual, além de dificilmente

⁶⁹ “O uso do adjetivo absoluto implica atribuir ao poder soberano as características de superior, independente, incondicional e ilimitado. Ilimitado porque qualquer limitação é incompatível com a própria ideia de um poder supremo: ‘A soberania não é limitada, nem em poder, nem em obrigações, nem em relação ao tempo’ (República I, 8, p. 181). Incondicional na medida em que este poder deve estar desvinculado de qualquer obrigação: ‘A soberania dada a um príncipe sob condições e obrigações não é propriamente soberania nem poder absoluto’ (República I, 8, p. 187). Independente, pois seu detentor deve ter plena liberdade de ação: ‘Assim como o papa não tem suas mãos atadas, como dizem os canonistas tampouco o príncipe soberano pode ter suas mãos atadas, mesmo se o desejar’ (República I, 8, p. 192). Superior porque aquele que possui o poder soberano não pode estar submetido ou numa posição de igualdade em relação a outros poderes: ‘É preciso que os soberanos não estejam submetidos aos comandos de outrem’ (República I, 8, p. 191)” BODIN, Jean. Os seis livros da República Apud BARROS, Alberto Ribeiro. A teoria da soberania de Jean Bodin... p. 236.

⁷⁰ BODIN, Jean. Os seis livros da República, Livro VI, 4, p. 178 Apud. BARROS, Alberto Ribeiro. A teoria da soberania de Jean Bodin... p. 322.

⁷¹ Não podemos esquecer o contexto histórico em que o autor se encontra circunscrito.

⁷² O que não quer dizer que o soberano está limitado pelo poder eclesiástico, ele é absolutamente independente do papa. BARROS, Alberto Ribeiro. A teoria da soberania de Jean Bodin. São Paulo: Unimarco: Fapesp, 2001. Pag. 247.

sancionável, seria abstrata o suficiente para não alcançar as questões pertinentes aos negócios do governo.

Ressalta-se que em caso de violação do direito natural, o soberano se converteria em tirano, o que ainda poderia ser justificado se houvesse o reconhecimento universal de que a guerra civil seria pior do que a tirania.

O poder absoluto, para ele, não poderia ser considerado como uma autorização geral e em branco, mas sim, como um conjunto de direitos sistematizados, que Bodin muito bem apresenta; como o direito à legislação; Direito a decisão sobre a guerra e a paz; Direito à nomeação dos funcionários; Direito ao poder judicial supremo; Direito de indulto; Direito à fidelidade e à obediência dos súditos; Direito à decisão sobre a moeda e as unidades de medida, dentre outros.⁷³

De modo que para manutenção da soberania, eventuais outorgas de poder que o soberano conceda só se darão por tempo breve, sem que com isso abra mão da soberania, pois seja qual for o poder e autoridade que o soberano concede a outrem, ele não concede tanto que não possua sempre mais⁷⁴.

O conceito de *summa potestas*, era ainda limitado pela própria finalidade do Estado e pelo direito natural, apesar de o direito natural enquanto postulado moral não impor sanções, nem mesmo em caso de violação, este era um balizador na tomada de decisões do soberano, a exemplo das leis de sucessão da época, que se modificadas poderiam provocar conflitos sangrentos entre governantes e governados, do mesmo modo que o soberano absoluto não poderia violar ou deixar sem efeito tratados internacionais, quebrando assim o princípio da *pacta sunt servanda*⁷⁵ que o vinculava ao que fora assinado, a não ser que houvesse razão anterior para tal quebra. Assim, apesar dessas pequenas limitações, o poder soberano somente desapareceria quando se extinguir o próprio Estado.

Sua obra revela uma teoria que tem como questão principal a soberania, que se coloca como inovadora num contexto medieval. As pesquisas e estudos realizados representaram significativo avanço para a constituição dos limites

⁷³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 52.

⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado... p. 84.

⁷⁵ Vontade entre as partes tradução livre.

soberanos do Estado moderno, o que vai fundamentar e justificar a realidade concreta e necessária da modernidade. A soberania é vital para a manutenção e autoafirmação do Estado na história moderna.

Outro ponto que merece realce é o poder absoluto, compreendido como superior a todos os outros, somente limitado pelo poder divino, que é posto como necessário à manutenção e proteção da sociedade política, visando afastar a desordem e o desgoverno, o que coloca a soberania como indivisível, incontestável e absoluta. Tal posição em certa medida servirá de modelo para todas as teorias de soberania que lhe seguiram e para uma melhor compreensão dos limites da soberania, num contexto atual não mais absoluta, mas relativa.

2.2.3 Thomas Hobbes – O Leviatã, o Homem artificial e o Poder Coercitivo.

Thomas Hobbes foi proeminente na defesa do individualismo utilitarista que visa o interesse individual, cuja racionalidade consiste no cálculo das condições reais para a satisfação *ex parte príncipe* e desemboca numa ética política fundada nas condições reais de satisfação em longo prazo dos interesses individuais. Sua obsessão pela ideia de dissolução da autoridade ou pela perda do Estado de sua autoridade o faz preconizar a unidade de poder contra a anarquia em sua teoria de Estado, aplicando uma visão humanista, orientada pelos pensadores do século XVI, e estruturada em três livros, *Elements of law natural and politic*⁷⁶(1640), em *De cive*⁷⁷(1642) e no *Leviathan*⁷⁸(1651).

Em *O Leviatã*⁷⁹, que tem na capa da publicação original a figura do monstro bíblico⁸⁰, representando o Estado, homem artificial dotado de uma poderosa armadura composta por escamas impenetráveis, as quais são os próprios súditos, apresenta metaforicamente a entrega ou outorga de poder, através do contrato social em favor do soberano, noutras palavras, é a alienação dos direitos e da própria vontade dos súditos.

⁷⁶ Elementos da lei natural e política, tradução livre.

⁷⁷ Do cidadão, tradução livre.

⁷⁸ O leviatã, tradução livre.

⁷⁹ Deus mortal, tradução livre.

⁸⁰ Não há nada igual a ele na terra, pois foi feito para não ter medo de nada (Jó, 41:24)

Hobbes apesar de absolutista acreditava que o poder soberano não tinha bases divinas, mas sim de um pensamento iluminista, de tal modo que constrói seu fundamento na concepção autocrática de poder, ao estabelecer como paradigma para o Estado soberano a lei suprema do seu ser e dever ser, em busca do poder comum, numa visão laica⁸¹.

Busca atribuir uma origem político-sociológica à função social proveniente do Estado, fundamentando em diversos preceitos do Direito natural, pois em sua concepção os homens vivem inicialmente em estado de natureza. Pois a natureza dos homens é tal que, embora sejam capazes de reconhecer em muitos outros maior inteligência, maior eloquência ou maior saber, dificilmente estes acreditam que haja muitos homens tão sábios como eles próprios; porque veem sua própria sabedoria bem de perto e a dos outros à distância⁸².

Conclui que os homens são iguais e não desiguais, mas por vezes, os homens, por serem iguais de maneira racional, acabariam por se atacar para não serem atacados, já que uma vez não possuindo mecanismos eficazes para salvaguardar seus bens e sua honra, provavelmente seriam destruídos e preferem o ataque a defesa.

Para Soares⁸³, Hobbes se antecipa a Freud ao centralizar sua reflexão na desproporção entre paixões e apetites humanos, que são ilimitados, e os meios de satisfazê-los, que são limitados, o que conduziria sempre à guerra.

Deste modo, nos estágios primitivos, há uma situação de desordem constatada quando os homens não têm suas ações reprimidas pela voz da razão ou por instituições públicas eficientes. Em sua obra, o homem em estado de natureza ameaça à sociedade sempre que a paixão silenciar a razão ou a autoridade fracassar, o que conduz a seu ver em três causas principais de discórdia.

A primeira seria a competição, pois em busca de um benefício, os homens acabariam por atacar uns aos outros, já que todos não poderiam obter tudo o

⁸¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 53.

⁸² HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019, p. 19.

⁸³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 54

que quiserem ao mesmo tempo, recorrendo à violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, bens, e de outros homens; a segunda causa seria a desconfiança que os fariam lutar pelos mecanismos de segurança para defendê-los; e a última, a glória, que os faz serem combativos, seja pela reputação ou pelo reconhecimento, sempre recorrendo à força por quaisquer motivos, mesmo os mais insignificantes, como uma palavra, um sorriso, ou uma diferença de opinião⁸⁴.

Hobbes preconiza o exame da consciência, conhece-te a ti mesmo, ao superar os preconceitos oriundos de Aristóteles e da filosofia escolástica medieval, que estabelece o mito de que o homem é associável por natureza, impedindo identificar onde se situa o conflito e de reprimi-lo. Ainda, divergindo de Aristóteles, crítica o conceito de *zoonpolitikon*⁸⁵ ao considerar a constante tensão existente entre homens, oriunda da lei fundamental da natureza. Assim, cada homem deve se esforçar para a busca da paz enquanto alcançável, mas se não puder conquistá-la, deve buscar todas as ajudas e vantagens da guerra.⁸⁶

O permanente *bellum omnium contra omnes*⁸⁷⁸⁸, oriundo da fantasiosa premissa do *homo lúpus homini*⁸⁹, só pode ser evitada pela razão humana, conduzindo à celebração do contrato social, que tem como fundamento as leis naturais fundamentais, caracterizadas pela mútua transferência de direitos em busca do poder comum.

A visão de Hobbes estrutura a comunidade por intermédio da alienação de seus direitos individuais em favor do Leviatã, com exceção do direito à vida que é inalienável, o que proporcionará a segurança aos homens desta comunidade, de tal modo que se deva trocar independência e liberdade nas suas concepções originais⁹⁰, as quais somente se poderia desfrutar por um curto período de

⁸⁴ HOBBS, Thomas. Leviatã... p. 47.

⁸⁵ homem como ser social e político.

⁸⁶ HOBBS, Thomas. Leviatã... p. 48.

⁸⁷ A guerra de todos contra todos.

⁸⁸ “Guerra de todos contra todos é uma expressão hiperbólica: retirada a hipérbole, significa aquele estado no qual um grande número de homens, singularmente ou em grupos, vive – por não haver um poder comum – no temor recíproco e permanente da morte violenta. A hipérbole serve somente para fazer compreender que se trata de um estado intolerável, do qual o homem deve sair mais cedo ou mais tarde, se é que deseja salvar o que tem de mais precioso, a vida” BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 38.

⁸⁹ O homem é o lobo do homem.

⁹⁰ Viver segundo o prazer.

tempo. Desse modo, escolhendo o homem segurança e paz, alçadas exclusivamente por ato racional de celebração do pacto de união ou sujeição ao Estado, o homem se submete ao Homem artificial.

A concordância com o soberano coincide com a aceitação do *pactum subjectionis*⁹¹ ao contemplar como seu elemento constitutivo, o princípio da realidade e da repressão⁹², recomendando assim como solução de conflitos de autoridade, ordem e segurança o absolutismo, de maneira que: cedo e transiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem ou a uma assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito também, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações⁹³⁹⁴.

Deste modo, institui-se o homem artificial criado pelo homem natural. Uma multidão de pessoas se torna uma única pessoa quando esses homens são representados por um só homem ou assembleia, o titular do poder se torna o soberano e os que lhe circundam os seus súditos.

Para Hobbes, a criação das leis deve ser outorgada a quem tem o poder da espada, mediante o qual os indivíduos são obrigados a observá-las, caracterizando-se o poder executivo pela coerção, autorizado o uso de força física para que elas sejam impostas e não percam sua razão, de tal sorte, não sejam feitas em vão⁹⁵.

A lei natural, peculiar ao poder espiritual, ordena obedecer a todas as leis civis em virtude da lei natural, que proíbe violar os pactos, noutras palavras é a unidade daquele que representa que torna una a pessoa⁹⁶. A conclusão enfática de Hobbes é no sentido da manutenção da indivisibilidade dos poderes soberanos e da compatibilidade do poder sacerdotal em relação ao civil.

⁹¹ Pacto de sujeição.

⁹² BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes.... p. 38 e ss.

⁹³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*... p. 61.

⁹⁴ Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. HOBBS, Thomas. *Leviatã*... p. 61.

⁹⁵ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 218/234.

⁹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*... p. 139.

Daí sua proposta da união das funções legislativas, executivas, judiciárias e religiosas tão interdependentes e vinculadas entre si, serem exercidas por uma única pessoa o Soberano. Então quando da instituição do Estado, no pacto de união celebrado pelos súditos entre si, deverão não se encontrarem obrigados por pacto anterior em relação a algo que se oponha ao atual, pois dali deriva todos os direitos e faculdades conferidos ao poder soberano⁹⁷.

O pacto de sujeição realizado confere legitimidade ao soberano e aos seus atos, podendo este aplicar sanções aqueles que não o cumprirem, ou o infringir, especialmente porque os súditos quando concedem o poder à autoridade social, tornam-se autores de todos os atos e decisões do soberano instituído.

Isso empodera o soberano que não poderá ser destituído e nem acusado de injustiças, já que nessa visão estariam os súditos punindo a si próprios. Dessa maneira, Hobbes consegue acabar com os paradigmas que os feudos estabeleciam sobre a propriedade, satisfazendo a classe burguesa da época, e consequentemente estabelece um controle extremo à pretensão burguesa de autonomia, pois todas as terras e bens devem ser controlados pelo soberano.

São direitos do soberano para Hobbes o direito da judicatura; o direito de fazer guerra e paz com outros Estados; a eleição dos conselheiros, ministros, magistrados e funcionários, tanto na paz quanto na guerra; o direito de recompensar com riquezas e honras, e o de punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com vergonha e descrédito qualquer súdito, de acordo com a lei; e conceder títulos de honra, assinalando qual preeminência, dignidade e manifestação de respeito deve acompanhar a cada súdito⁹⁸ em encontros públicos ou privados.⁹⁹

Ressalta-se que ainda existem casos que os súditos podem desobedecer as ordens do soberano, o que não lhe diminuiria o poder, mas tal caso está ligado exclusivamente ao direito à vida que é inalienável e inviolável, de tal modo que

⁹⁷ Pilar da teoria da representação hobbesiana e essência do paradigma da soberania absoluta.

⁹⁸ No sentido de atribuir valores a cada homem que cumpra a sua função dentro da sociedade e seja recompensado por tais atos, na medida que tais honrarias impulsionariam os súditos a serem obedientes e capazes de servir ao Estado.

⁹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*... p. 154/155. CAP-XVII

se o soberano o ordenasse que se mate, se mutila, ou ainda que não se defenda de um ataque, este estará autorizado a desobedecer.

A justificativa do poder absoluto parte da essência do próprio Estado, Hobbes justifica essa essência tomando por base as ciências naturais da época, que tentavam explicar e justificar o mundo existente em sua volta, recorrendo às forças vivas pulsantes em seu interior, no caso sob o prisma da realidade estatal.¹⁰⁰

Seu jusnaturalismo racional radica-se no fato de o homem necessitar adentrar e manter-se no estado civil. Hobbes, conservador, nunca foi um totalitário, toda a sua filosofia política tem um único motivo polêmico: a refutação das doutrinas – tradicionais ou inovadoras, conservadoras ou revolucionárias, inspiradas por Deus ou pelo diabo – que impedem a formação dessa unidade¹⁰¹.

Todavia, o que importa é que sua teoria sistematiza e conceitua noções fundamentais que fornecem argumentos consideráveis para a unidade do Estado, para o reforço do poder, para a manutenção da sociedade civil.

O equívoco de Hobbes¹⁰² acontece quando submete os súditos a renunciarem à segurança, à liberdade e à participação política para que seja mantida a unicidade do Estado, já que a soberania absoluta e o poder ilimitado do soberano, quando da colisão com a mitificação política, ausência de controle da sociedade civil, o apetite insaciável pelo poder inerente aos homens, bem como a possibilidade de informações distorcidas e incompletas recebidas pelo soberano, causam a asfixia da liberdade humana, vital para que o homem viva sua vida social e política.

A garantia da segurança, da ordem e da estabilidade não pode sufocar a liberdade, que são essenciais a participação política e a segurança jurídica, elementos fundamentais aos limites constitucionais do poder.

¹⁰⁰HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968,p. 37

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes... p. 66

¹⁰² Suas preocupações residem, fundamentalmente, nos cuidados com a manutenção da sociedade civil. Por isso, sacrifica valores, impões condições, fundamenta até mesmo o infundamentável, com vistas na manutenção da ordem e do estado de convívio civil. BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 211.

Sua obra deve ser analisada do ponto de vista histórico da época, a mera transposição e distorção dos conceitos elaborados para justificar estados totalitários em pleno século XX e XXI resultam numa discutível e questionável aplicação de sua obra.

Para Hobbes, a anarquia é a pior condição em que os homens podem acabar: é a dissolução, a destruição, a guerra, ou seja, o retorno ao estado de natureza, bélico e sangrento, inóspito e inapropriado.

Podemos comparar Bodin francês¹⁰³, Maquiavel italiano¹⁰⁴ e Hobbes inglês¹⁰⁵, que buscaram em seus escritos respostas aos problemas do Estado, com propostas muito diferentes a respeito do fortalecimento do poder por intermédio de sua centralização como forma de delegar maiores poderes ao Estado, aqui sendo o ponto de encontro de suas teorias. Ao passo que Bodin desenvolve o fortalecimento do poder pelo Estado através do Direito, Maquiavel pela ideia da *virtú* e Hobbes pela concentração no ser onipotente “Deus mortal” pela entrega dos indivíduos de seus direitos subjetivos ao governo soberano.¹⁰⁶

2.2.4 John Locke – Os Dois Tratados sobre o Governo Civil e o *Commonwealth*.

John Locke, inglês nascido em Wrington, na Inglaterra, primeiro intérprete inglês do iluminismo, é um dos principais filósofos do liberalismo moderno. Sua doutrina se encontra fundamentada na ideia hobbesiana de função social do Estado, ao pretender explicar o nascimento histórico do aparato estatal através do *pactum societatis*¹⁰⁷.

Uma de suas principais obras foi o *Two treatises of Government*, ou Dois tratados sobre o governo civil¹⁰⁸: O primeiro que refuta a obra *Patriarcha* (1680), de Robert Filmer, o qual exalta o direito divino dos reis derivado de Adão; e o *The second treatise of Government – An essay concerning the true original*,

¹⁰³ (1529-1530/1596)

¹⁰⁴ (1469/1527)

¹⁰⁵ (1588/1679)

¹⁰⁶ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 169.

¹⁰⁷ Contrato social, tradução livre.

¹⁰⁸ Outras obras de grande importância foram: Ensaio sobre a lei da natureza (1660) Ensaio sobre o entendimento humano; Cartas sobre a tolerância religiosa (1690)

*extent, and end of civil government*¹⁰⁹, que dispõe sobre a origem, extensão e finalidade do poder civil, baseado no consentimento dos membros da comunidade.

Locke inspira-se nos preceitos teóricos hobbesianos, mas afastando-se de dogmas que o deixavam demasiadamente teórico, partindo de ideias individualistas e utilitaristas para descrever o estado de natureza¹¹⁰.

Ele parte do pressuposto do que teria sido o estado de natureza: “é uma condição em que os homens são livres, para decidir suas ações, dispor de seus bens e são iguais”. Descreve-o como uma situação de liberdade e igualdade¹¹¹.

Sua visão é mais pacífica, não é um estado bélico como em Hobbes. Para Locke o estado civil, o contrato social, surge como aperfeiçoamento do estado natural, e não como forma de se limitarem às liberdades infinitamente largas dos indivíduos. Todavia, ambos, tanto Locke quanto Hobbes possuem um ponto em comum, pois entendem que o estado de natureza não basta¹¹², é necessário que o homem assuma por meio de um contrato social, ou do Estado uma posição de vida em sociedade.

O estado de natureza é orientado pela lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em quem essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses. Pois sendo todos os homens artefato de um mesmo Criador onipotente e infinitamente sábio, todos eles servidores de um Senhor soberano e único, são propriedade de Seu Artífice, feitos para durar enquanto a Ele aprouver e não a outrem. De modo que cada um está obrigado

¹⁰⁹ O Segundo Tratado sobre o Governo - Um ensaio sobre a verdadeira e original, extensão e fim do governo civil, tradução livre.

¹¹⁰ “O estado de natureza era, segundo Locke, uma situação real e historicamente determinada pela qual passara, ainda que em épocas diversas, a maior parte da humanidade e na qual se encontravam ainda alguns povos, como as tribos norte-americanas”. WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política... p. 84.

¹¹¹ A igualdade é fundada no fato de haver uma situação de reciprocidade entre poder e competência, não sendo um estado de permissividade em que todos os homens podem roubar uns aos outros, mas antes de uma igualdade jurídica, na qual todo o poder ou jurisdição é recíproco, com ninguém da mesma espécie e da mesma condição possuindo mais vantagens do que os outros.

¹¹² BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 227.

a preservar-se, e logo pela mesma razão, deve preservar o resto da humanidade.¹¹³

Para Hobbes, o estado de natureza caracterizado pela anomia e pela anarquia faz surgir a guerra total, e para que isso seja contido, impõe-se o estado civil para suprimir tais situações através do pacto da união, que deve proporcionar leis que protejam e defendam seus súditos. Entretanto em Locke, há guerra parcial e intermitente devido à inexistência de leis positivas e de juízes competentes com autoridade para julgar, de modo que o estado de natureza é substituído pelo estado civil, mas mantendo suas vantagens mediante um poder coercitivo que recepcione os direitos naturais referentes, principalmente, à propriedade, com base de toda a liberdade, e à vida.

Locke teorizou sobre a perspectiva do *possessive individualism*¹¹⁴ de maneira que o Estado é limitado, em contraponto a Hobbes e o Estado Absoluto, assim o poder civil é derivado do consentimento popular, e a liberdade decorre da limitação do poder estatal pelo consentimento dos membros da comunidade.¹¹⁵

Locke introduz uma questão de valor na descrição de um ato biológico: o consumo da substância naturalmente disponível se converte em apropriação, em sentido não só moral, mas também legal, e daí decorre o direito de propriedade dos homens sobre as coisas da natureza.¹¹⁶

Ao legitimar a propriedade como luta pela sobrevivência, ela se torna, em sua visão, uma liberdade primeiro e, por isso, um direito¹¹⁷, existindo assim já no estado de natureza, sendo algo prévio ao estado civil e, portanto, um direito que não pode ser violado pelo Estado, mas a fruição deles é instável e incerto, devido

¹¹³LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1988, p. 384/385.

¹¹⁴ "Individualismo possessivo: o indivíduo é essencialmente proprietário de sua própria vida e de suas capacidades, pelas quais nada deve à sociedade". SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 60.

¹¹⁵ Desta forma acaba fundamentando e justificando a *Glorious Revolution*, ou Revolução Gloriosa, que foi o trunfo do liberalismo político sobre o absolutismo, com a aprovação do *Bill of Rights* (1689), assegurou a supremacia legal do Parlamento sobre a realeza e instituiu na Inglaterra uma monarquia limitada.

¹¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 219.

¹¹⁷ "Desse modo, o pasto que meu cavalo comeu, a relva que meu servidor cortou e o minério que retirei da terra em qualquer lugar onde eu tenha um direito a ele em comum com outros homens tornam-se minha propriedade, sem a cessão ou o consentimento de quem quer que seja. O trabalho que tive em retirar essas coisas do estado comum em que estavam fixou a minha propriedade sobre elas". LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 410/411.

à exposição da usurpação de outros no estado de natureza. O objetivo principal e capital da união em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens é a conservação de sua propriedade.¹¹⁸

Desse modo, o início da sociedade política ou do *pactum societatis* consiste num acordo ou convenção estipulada entre os membros da comunidade, quando esses deixam o estado de natureza, mas advertem que ninguém pode ser privado dessa condição, nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio consentimento.¹¹⁹

E uma vez instituída a comunidade civil, é necessário escolher qual a opção de governo atenderá as demandas da *commonwealth*¹²⁰, quais sejam: a) fazer leis dotadas de sanção, incluindo pena de morte com o fim de regular a propriedade; b) empregar a força da comunidade para a boa executoridade dessas leis; c) defender a própria *commonwealth* contra os inimigos externos, garantido o bem público.¹²¹

Para Locke o poder supremo é o legislativo, e de tal sorte, se torna inconcebível que um poder inferior possa transpor a um superior, ou que um outro faça as leis, pois a maneira de dispor o poder legiferante determina a forma de comunidade civil, no caso, a opção de governo.¹²²

Aqui ocorre uma transição, já que o *pactum societatis* decorre da unanimidade e da escolha de cada um em fazer parte do pacto, em vista disso, na opção pelo governo a escolha decorre da maioria, pois a partir do corpo político formado, representado pelo parlamento, é que se pode agir somente segundo a vontade e a determinação da maioria, respeitando-se os direitos das minorias.

As leis válidas são somente aquelas votadas pela maioria, independentemente de ser confiado a uma ou mais pessoas, ou seja, esse permanente ou intermitente com a ressalva dos seguintes limites¹²³: a) deve governar mediante

¹¹⁸ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 494/495.

¹¹⁹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 468/467.

¹²⁰ Comunidade social.

¹²¹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 380/381.

¹²² LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 500/501.

¹²³ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 513/514.

leis estabelecidas e promulgadas e de juizes conhecidos e autorizados, que não poderão variar nos casos particulares, mas segundo a mesma regra para ricos e pobres, para favoritos e camponeses; b) as leis devem ter como finalidade o bem do povo; c) não podem tomar de homem algum, sem seu próprio consentimento, nenhuma parte de sua propriedade e nem instituir tributos sobre ela; d) o legislativo não deve e nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja ou depositá-lo em quaisquer outras mãos, senão naquelas em que o povo depositou.¹²⁴

Consequentemente, caso o Poder Executivo exercido pelo monarca sobrepuje suas funções, inibindo a atuação do legislativo, ou ainda incorra em opressão ou tirania, o povo poderá destituir o titular do Poder Executivo pela força, já que o emprego da força sem autoridade põe aquele que o emprega em estado de guerra¹²⁵.

A função do Poder Executivo que é exercido pelo monarca compete à administração e à atividade judicial de acordo com as leis propostas pelo Legislativo, concentrando dois poderes, o executivo e o federativo, satisfazendo ao interesse público interno e ao interesse público externo.¹²⁶

Isso revela que em sua teoria Locke não rompe com a antiga concepção, pois mesmo o monarca estando submetido às leis, ele ainda permanece como órgão do Estado ao apoderar-se dos poderes executivo e federativo, dotado do poder discricionário de agir, consoante o bem comum, na ausência de um dispositivo legal em busca da satisfação dos interesses da comunidade e de modo compatível as responsabilidades e objetivos do governo.¹²⁷

Locke ressalta que os poderes não devem ser confiados aos mesmos indivíduos ou concentrados em somente uma instituição por constituir demasiada tentação para a fragilidade humana, capaz de se apropriar do poder, já que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar à lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, sempre à sua própria vantagem, passando com isso a ter um interesse distinto daquele do resto da sociedade política.

¹²⁴Cfr. Capítulo 4 do trabalho sobre ativismo judicial.

¹²⁵ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 522/523.

¹²⁶ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo... p. 516/517.

¹²⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 62.

Desse modo, Locke¹²⁸ sobre o prisma do liberalismo constitucional justifica, sob o império das leis e de uma separação dos poderes, o direito à propriedade como algo inerente à essência do homem e corolário da liberdade dos cidadãos, bem como empregando as intuições políticas o serviço de promover a liberdade e autonomia dos indivíduos.

Isso significa que ninguém estará submetido a outro poder, a outra autoridade, senão, em última instância, ao poder contido na lei. A proteção ao direito a propriedade não se desdobrava dos direitos fundamentais para Locke, e sim do direito ao voto, adstrito tão somente aos proprietários, já que aqueles que não têm propriedade não poderão ser membros plenos da sociedade, sendo destituídos de seus direitos políticos. Nesse diapasão a soberania parlamentar permitiu que as necessidades da propriedade e do mercado do *possessive individualismo* fossem satisfeitas através de eleições periódicas dos legisladores parlamentares, mediante voto censitário.¹²⁹

2.2.5 Montesquieu – O Espírito das Leis, separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, em *o espírito das leis*, fala da natureza dos três diversos governos: Republicano, Monárquico e Despótico¹³⁰. No governo republicano, é o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, que possui de fato o poder soberano, suas bases repousam na virtude¹³¹. No Despotismo, cuja base é a força e o medo, o poder está concentrado nas mãos de um só indivíduo que o exerce com base em sua vontade e de seus caprichos, sem observar as leis estabelecidas. O monárquico,

¹²⁸ “Eis explícita a ideia de que haverá de marcar a constituição de todos os Estados Democráticos de Direito, que se governam com base no “princípio da legalidade”. Estar sob o mando da lei e do Poder Legislativo é não estar sob o poder de nenhuma outra fonte de autoridade que possa obscurecer a liberdade natural que cada indivíduo conserva e carrega desde o estado de natureza. Isso significa, acima de tudo, que é ilegítima a escravidão, pois uns não podem submeter os outros, mas sim todos estão sob o poder da lei”. BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 225.

¹²⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 63.

¹³⁰ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19.

¹³¹ Se apenas uma parte do povo detém o poder, ela pode chamar-se aristocracia; se o poder está nas mãos da totalidade do povo, é democracia.

cujo princípio é a honra, o poder está nas mãos de uma só pessoa, que governa com base em leis e regras fixas e estabelecidas.

Alicerçado por uma grande experiência empírica, por intermédio de observação histórico-social, Montesquieu recolheu os postulados do Estado de Direito, e como em Locke, apresentou da mesma maneira que as demais formas de organização política, ou seja, estão condicionadas pelas características geográficas e climáticas do território e pelo modo de vida, caráter, economia e religião da população.¹³²

Ao afastar-se da premissa do contrato social, buscou desenvolver uma teoria sociológica de governo e de direito, demonstrando que a estrutura e funcionamento de ambos dependem das circunstâncias em que vive um povo.

Pondera em seu livro que antes de todas as leis estão as da natureza, derivadas do âmago do ser humano, e para identificá-las é necessário analisar o homem antes dos estabelecimentos das sociedades, é a busca pelo “estado de sociedade”. Neste ponto ela ocorreria ao contrário da visão de Hobbes¹³³, pacificamente, na procura da conservação de si, já que os males que levam o homem à guerra só poderiam acontecer após o estabelecimento das sociedades.

Nesse sentido apresenta as leis naturais que acreditava comporem este estado: a primeira, o desejo de paz; a segunda, a busca de alimentos e da satisfação de suas necessidades fisiológicas que, por conseguinte, desencadearia a terceira, que é a atração pelo o outro.¹³⁴ Desse modo, os sinais de temor recíproco encorajariam sua aproximação além de fortalecerem-se pela união na busca da sobrevivência, e por fim, o desejo de viverem em sociedade.¹³⁵

Então da quarta lei surgem as sociedades e as leis estabelecidas entre os homens, tais como o Direito das Gentes. Devido às diversas nações que se organizam em diferentes comunidades, e precisam de leis para regular o

¹³² SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 64.

¹³³ *Bellum omnium contra omnes* tradução livre: "A guerra de todos contra todos"

¹³⁴ No escrito original, Montesquieu fala da atração pelo sexo oposto, mas devido ao avanço sobre a questão da união homoafetiva e a igualdade no tratamento entre todos os seres humanos, preferi colocar “o outro” numa concepção e interpretação moderna.

¹³⁵ MONTESQUIEU. O espírito das leis... p.14/15.

tratamento entre si, estabelecem o Direito Político, organizando a relação entre os governantes e os governados, e o Direito Civil que regula as relações que todos os cidadãos possuem entre si.¹³⁶

Essa reflexão sobre o espírito das leis faz com que Montesquieu seja o primeiro filósofo a realizar, de modo programático, o propósito de explicar o Estado e a atividade política pela totalidade das circunstâncias concretas, naturais e sociais¹³⁷.

Fundamenta a liberdade política de um cidadão através da experiência constitucional inglesa, ou seja, toma-a como tranquilidade de espírito oriunda da opinião que cada um tem sobre sua própria segurança, e para que isso possa funcionar é necessário que cada indivíduo não tema o outro na expressão de sua liberdade.

Ressalta, assim, que a liberdade política só pode ser encontrada nos governos moderados quando não se abusa do poder, e para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas que a lei não obriga e tampouco não fazer o que a lei o permita.¹³⁸

Essa visão de governo moderado ou forma mista de governo, caracterizada pela separação de poderes, remonta a Platão, inserida em sua obra *As Leis*, e a Políbio, quando justificou a suposta estabilidade de governo romano, especialmente, como afirmação da liberdade política contraposta aos perigos do absolutismo ou da anarquia que nasce da concentração ou confusão dos poderes.

Mas a inserção do sistema de freios e contrapesos às funções legislativas, executivas e judiciais demonstra sua criatividade e originalidade no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas, buscando o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização dos princípios da liberdade política, ensejando que essa seja distribuída às instâncias organicamente distintas e aptas a exercer legitimamente o poder.

¹³⁶ MONTESQUIEU. O espírito das leis... p. 14/15.

¹³⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 65.

¹³⁸ MONTESQUIEU. O espírito das leis... p. 166/167.

A tripartição de poderes elaborada por Montesquieu, na busca pela liberdade política, esboça um regime constitucional caracterizado pela não confusão de poderes, especialmente, por sua distinção orgânica, equilibrando e dando complementaridade funcional.

Outra passagem de cunho importante é ressaltar que a corrupção dos governos começa quase sempre pela dos princípios: uma vez corrompidos os princípios do governo, as melhores leis tornam-se más, voltando-se contra o Estado; sendo saudáveis os princípios, as más leis “têm efeito das boas”, pois a força do princípio “tudo arrasta”¹³⁹. Tal relação será abordada à frente em capítulo específico.

Mas sublinhemos o seguinte, na república, recorte que nos interessa para o trabalho, é necessário que a virtude, base deste, jamais cesse, de tal modo, no governo democrático requer-se a onipotência da educação para estampar nas crianças a renúncia a si mesmo, sempre muito intensa, e a busca pelo amor das leis e da pátria, que exige contínua preferência do interesse público ao próprio.

O governo é como todas as coisas do mundo, para conservá-lo é preciso amá-lo¹⁴⁰. Nas democracias o governo é confiado a cada cidadão independente do modelo utilizado, e conseqüentemente, é necessário que cada cidadão seja levado a amá-lo, amando também a igualdade e a sobriedade, que são a própria essência da democracia.

Montesquieu, na visão de Chevallier¹⁴¹, conseguiu pela virtude de sua generalização isolar as condições eternamente válidas da saúde das democracias, quer as antigas, quer as moderníssimas e estabelecidas. Em seu pensamento a corrupção do regime ocorre quando se perde o espírito de igualdade, mas também quando este espírito de igualdade é extremo, é o que acontece quando ninguém mais quer ter senhores, quando cada um quer ser igual aos que escolheu para o governarem, sendo que o próprio povo não tolera nem mesmo aquele que por ele foi confiado a governar, advindo assim a tirania.

¹³⁹ CHEVALLIER, Jean-Jacques, As grandes obras políticas... p. 127

¹⁴⁰ CHEVALLIER, Jean-Jacques, As grandes obras políticas... p. 129.

¹⁴¹ CHEVALLIER, Jean-Jacques, As grandes obras políticas... p. 130

O povo cai na desgraça quando aqueles a quem confia seu destino, querendo esconder sua corrupção, tentam corrompê-lo. Para que o povo não perceba sua ambição, só lhe falam de sua grandeza; para que não perceba sua avareza, elogiam sempre a do povo. A corrupção aumentará entre os corruptores e entre aqueles que já estão corrompidos, o povo distribuirá entre si todos os dinheiros públicos.

Tal ciclo de corrupção resulta num cenário catastrófico, pois não se pode dar muito ao povo sem tirar ainda mais dele. Mas para tirar dele, deve-se derrubar o Estado, formando assim, pequenos tiranos, que possuem todos os vícios em um só, o que torna insuportável a liberdade restante, um só tirano se eleva, e o povo perde tudo, até as vantagens de sua corrupção¹⁴².

No Livro Quinto, Capítulo XIII em breve passagem é exposta a ideia de despotismo: “Quando os selvagens da Lusiania querem ter frutas, cortam a árvore e apanham a fruta. Eis o Governo despótico”. A pequena passagem transmite a natureza humana incessantemente de se erguer contra o governo despótico, haja vista ser um governo *violento*, longe das atitudes moderadas que sempre foi seguidor. Mas para que haja governo moderado é preciso combinar poderes, regulá-los, temperá-los, dar-lhes ação; dar, por assim dizer, lastro a um para colocá-lo em condições de resistir ao outro; é uma obra-prima da legislação que o acaso raramente constrói e que raramente se concede à prudência.

Um governo despótico, ao contrário, salta aos olhos do mais comum, é uniforme em toda a parte; como só de paixões se precisa para estabelecê-lo, todo o mundo é bom para isso¹⁴³.

Para Soares¹⁴⁴, seu grande contributo foi sem dúvida a teoria da separação de poderes atrelada ao sistema de freios e contrapesos, que se tornou dogma do constitucionalismo demoliberal, influenciando principalmente as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.

¹⁴² Exemplos recentes como o caso Venezuela que até a presente data do escrito não foi resolvido, já se encontra delineado nas páginas escritas por Montesquieu no Espírito das Leis, mas novamente não aprendemos com o passado, tampouco, buscamos nos educar para o futuro.

¹⁴³ MONTESQUIEU. O espírito das leis... p. 69.

¹⁴⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 67.

Quatorze anos após o *Espírito das Leis* surge outra obra de grande significado, marco político e destinado a engradecer o pensamento humano, e revolver em igual proporção o espírito humano: *Do Contrato social*.

2.2.6 Rousseau – Do contrato social e da vontade geral

Jean Jacques Rousseau, cidadão de Genebra, por vezes chamado de o filósofo genebrino, partidário do voto direito das leis, e com aversão ao regime representativo preconizado por Montesquieu, exerceu influência direta sobre a revolução francesa, publicando obras como *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1753)¹⁴⁵ e *Du contrat social* (1762), obras que são conexas e se complementam. Sendo o principal teórico do *contrato social*¹⁴⁶, ele preocupou-se com o desvirtuamento da democracia, criticava a propensão que havia em se confundir democracia com o direito de votar¹⁴⁷. Seus escritos a sociedade reflete um *continuum*, à medida que apenas existe o conjunto de cidadãos, de maneira que cada membro da comunidade possui a uma parte igual da soberania, e adiciona ao discurso o surgimento da propriedade privada na ordem estamental que se transforma em ordenação classista.¹⁴⁸

Rousseau apresenta um estudo da trajetória do homem e a hipótese do que o teria feito ou o conduziria a sair do Estado de Natureza e fazê-lo passar para o Estado de Sociedade, teorizando os inconvenientes que daí surgiram¹⁴⁹. A

¹⁴⁵ Tradução livre: Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens.

¹⁴⁶ O contrato social, como fundamento do Estado, é alicerçado em hipóteses como *volante générale* de utópico governo do povo, consoante o princípio da identidade

¹⁴⁷ “O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante a eleição dos membros do Parlamento; tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é dado desfrutá-la, bem merece perdê-la.” ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Do contrato Social*. Ed. RidendoCastigat Mores. Ebook. Liv. III. Cap. XV. Pag. 45 Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>> acessado em: 05 de mar de 2019.

¹⁴⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. Ed. Madrid: Tecnos, Vol. II. 1976.

¹⁴⁹ “O Verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer, isto é, meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Assente na propriedade privada, e, portanto, causador do início da infelicidade humana. Ergueu-se entre o direito do mais forte e o do primeiro ocupante um conflito perpetuo que não terminava senão em combates e mortes, resultando que alguns homens mais fortes se impuseram aos restantes. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não poupariam ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: ‘Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os

propriedade privada acoplou-se à propriedade política e desse modo, pelo fato de haverem certos fascínios, instalou-se um regime de desigualdade entre os homens em relação de mútua e contrária dependência aos princípios naturais.

Com a prevalência dos fortes sobre os fracos e dos ricos sobre os pobres, a liberdade natural foi irremediavelmente destruída, o que sujeitou todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria, tudo para o deleite de poucos ambiciosos.

Rousseau, na mesma linha de Hobbes, pensava que a coerção no sentido de socialização deriva de um estado de desconfiança universal e de insegurança gerado pela luta competitiva e geral dos homens em seu estado de natureza. Mas Rousseau descreve um estado de natureza oposto ao de Hobbes, os homens são bons, é um autêntico paraíso na terra: paz, liberdade, felicidade, bem-aventurança. É a chamada teoria do bom selvagem¹⁵⁰.

Então como aconteceu, os homens tornaram-se possessivos, egoístas e invejosos, e daí nasceu o crime, e o homem bom no estado selvagem foi corrompido pela sociedade. Foi preciso assim, instaurar uma autoridade social para manter a paz e a segurança.

Rousseau propõe as condições do pacto legítimo através do qual o indivíduo, após renunciar sua liberdade natural, recebe a liberdade civil como compensação, e estabelece premissas para que tal situação se consolide, como: igualdade entre as partes contratantes, a renúncia a alguns direitos; entretanto ressalta-se não todos, porque explica em sua teoria que os de bases jusnaturalistas são inalienáveis¹⁵¹.

E tal pacto gera, portanto, o Estado que é mero executor das decisões em permuta com o particular, o indivíduo, sendo o Estado um corpo moral e coletivo, composto por todos os membros da comunidade, e tal ato constituinte, tem sua

frutos da terra são de todos e que a terra não pertence a ninguém!'. Grande é a possibilidade, porém, de que as coisas já então tivessem chegado ao ponto de não poder mais permanecer como eram, pois, essa ideia de propriedade, dependendo de muitas ideias anteriores que só poderiam ter nascido sucessivamente, não se formou repentinamente no espírito humano". ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.2265.

¹⁵⁰AMARAL, Diogo Freitas. Introdução ao Estudo do Direito. Ed. Almedina. Coimbra. 2004, p. 31.

¹⁵¹CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas... p. 171.

legitimidade na *volonté générale*¹⁵², inalterável e pura do *corpo moral e coletivo*, implicando um compromisso recíproco entre os interesses públicos e os particulares, no qual o particular se comprometa numa dupla função como membro do poder soberano e como do Estado em relação ao soberano¹⁵³.

A vontade geral é desse modo a vontade soberana do Estado, pressupondo a inadmissão de limites à mesma e a inexistência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado, culminando numa representação direta com base no princípio da identidade¹⁵⁴, e não no da representatividade¹⁵⁵. O autor condena todas as formas de governo representativo e parlamentar, a exemplo do inglês, por ser incompatível com a soberania popular devido a sua unidade indivisível¹⁵⁶.

Assim, é em sua essência, inalienável, indivisível e não representativa, a soberania, “como exercício da vontade geral, jamais pode ser alienada e o soberano, enquanto ser coletivo, só pode representar a si mesmo. Pode transmitir-se o poder, mas não a vontade”.¹⁵⁷

E nestas bases que repousa seu pensamento, a soberania como vontade geral não pode ser alienada e tampouco representada, visto que a vontade, de forma alguma se representa, e conseqüentemente indivisível pela mesma razão, ou é geral, ou não é, ou é do corpo do povo, ou somente de uma parte.¹⁵⁸ E como resultado, *volontégénérale*, expressa por meio das leis, devem estabelecer-se no consentimento popular, contrapondo-se a vontade particular da assembleia ou de um príncipe.

¹⁵²Vontade Geral, tradução livre.

¹⁵³ Advirta-se do possível erro conceitual: a vontade geral não consiste na somatória dos interesses particulares, pois um conjunto de interesses individuais agrupados não dá origem a algo diferente de um amontoado de vontades individuais desconsertadas. BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 238.

¹⁵⁴ O princípio da identidade vincula-se à exigência de tanta identidade quanto seja possível, buscando-se a democracia de identidade entre governantes e governados. Não se trata de governo do povo através de seus representantes, mas de governo do povo mediante identidade ou autogoverno popular. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p.70.

¹⁵⁵ O princípio representativo vincula-se à representação política. Representação, em sentido estrito, é um caso especial de mandato, significando fazer presente uma unidade institucional. Nesse sentido, o povo é representado no regime democrático pelo parlamento. Em sentido mais amplo, representação significa competência, isto é, a adjudicação de competência sobre a base da organização jurídica. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 70.

¹⁵⁶ROUSSEAU. Jean Jacques. Do contrato Social... p.Liv. III. Cap. XV.

¹⁵⁷ ROUSSEAU. Jean Jacques. Do contrato Social... p.Liv. II. Cap. I.

¹⁵⁸ ROUSSEAU. Jean Jacques. Do contrato Social... p.Liv. II. Cap. II.

O soberano sendo exclusivamente formado pelos particulares que o compõem não tem nem pode ter interesse contrário a ele, pois o corpo formado pela individualidade de cada, jamais poderia prejudicar a si mesmo, posto que todo ato autêntico da vontade geral obriga ou favorece igualmente a todos os cidadãos. Mas explica que para que isso resulte é necessário tomar cuidado para que a vontade seja verdadeira e autenticamente geral, sem infiltração alguma de vontades particulares. O que implica que cada cidadão opine somente por si, a título estritamente individual, o que exclui deste modelo a intervenção de toda “sociedade parcial”, associação, partido, facção, que nunca se constitui senão às grandes custas da sociedade ou associação geral: o corpo político¹⁵⁹.

O povo é detentor da soberania, quando chamado a elaborar a lei, somente quando esta exprime a vontade geral é que tem legitimidade. Nesse caso, os deputados são apenas comissários do povo, debatendo e deliberando sobre projetos de lei, contudo, a decisão final, recai sobre o povo, devendo este ser consultado por plebiscito.

A desordem, a desagregação do pacto, a desunião dos interesses, a desconstituição da dimensão da vontade geral, somente poderão ser evitadas através do império da lei que salvaguardará a vontade geral, “pois onde imperam as vontades individuais sobre a geral, já foi decretado o fim do contrato social (contrat social)”.¹⁶⁰

Rousseau coloca os males do contrato social e da própria sociedade no fato desses males corromperem o ser humano, conforme sua visão do homem no “estado de natureza”, principalmente pelo fato da ideia da propriedade, sendo essa a origem de todos os males da sociedade.

A desigualdade surge entre os iguais por intermédio da seguinte ordem cronológica: a lei, o direito à propriedade, a magistratura, o poder arbitrário. Para ele a propriedade, como um ato de arbítrio de tomada de posse sobre um bem, é transformada também arbitrariamente em um direito, que passa a ser a causa de domínio de muitos por parte de poucos, o que gera a exclusão, a consequente

¹⁵⁹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas... p. 172.

¹⁶⁰ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 239.

usurpação, que dá o direito de excluir, enquanto a servidão dá origem à miséria e à submissão constante de uns em favor de outros¹⁶¹.

Constitui-se assim a propriedade como o maior mal dos seres humanos, aquela que gera diferença, disputas, miserabilidade, escravagismo, e promotor da sociedade civil, fundado então na bondade natural dos homens. É preciso que o homem seja libertado do contrato de sujeição imposto e cheio de privilégios de poucos, para se estabelecer um contrato social legítimo, conforme a razão¹⁶².

O jusnaturalismo de Rousseau se difere de Hobbes, pois as leis naturais devem ser as bases do Estado. O Estado deve respeitar os princípios do direito natural não podendo, desta maneira, ir contra a liberdade de vida que cada um possui e preserva mesmo após ter aderido ao contrato social. O poder concentrado nos moldes hobbesianos é impedido pelo modelo rousseauiano¹⁶³.

Esse retorno ao natural é a busca que tenta criar a semelhança das condições naturais do convívio dos homens, respeitando aqueles direitos inerentes a todos desde seu nascimento. Ressalta que a obediência aos direitos naturais e às leis da natureza é restrita, uma vez que, se o uso inadequado da força for utilizado para oprimir o próximo, a racionalidade humana deve prevalecer. Noutras palavras, a moral deve se sobrepor ao que é natural, e assim sistematizar a sociedade civil na soma do homem com a natureza, no que ambos possuem de melhor.

Haverá soberania popular quando ocorrer a identidade entre governante e governado, estabelecendo a democracia de identidade peculiar em unidades políticas pequenas, como a *pólis* grega, o *thing* germânico e o cantão suíço¹⁶⁴, uma antiga expressão dessa democracia de identidade, pautada na soberania popular que remete aos conselhos ou a democracia de conselhos, onde há tanta identidade quanto seja possível. Nelas, manifestou-se a ideia originária de muitos movimentos democráticos revolucionários tais como a Comuna de Paris, de 1871.

¹⁶¹ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 240.

¹⁶² BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 242.

¹⁶³ O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros. ROUSSEAU. Jean Jacques. Do contrato Social... p. Liv. I. Cap. I.

¹⁶⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado... p. 71.

A doutrina de Rousseau se espalha sobre a cultura político ocidental. O soberanismo rousseauiano constituirá o espírito central da cultura política da maior parte das democracias modernas, a exemplo da unidade do Estado, o todo social quase sagrado, da soberania do povo, da lei como expressão da vontade geral, da exclusão de quaisquer “sociedades parciais”.

Para Bittar, sua teoria não escapa de ser bucólica e saudosista, à medida que pinta a condição natural do homem como idílica, bucólica e ideal, para contrastar esse estado inicial (perfeição) com a condição cívica (degenerada) com a qual acabou se conformando¹⁶⁵, mas de grande importância e fonte inspiradora para os futuros filósofos do Estado.

2.3 Elementos formadores do Estado Contemporâneo

Pode se definir o Estado contemporâneo de acordo com Carlos Blanco como “uma coletividade territorial integrada por um povo, que a ela se encontra ligado pelo vínculo da nacionalidade, e por um poder político soberano”¹⁶⁶.

Para Bobbio, o Estado pode ser concebido numa definição formal e instrumental, como “condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condição de tomar decisões e emanar os comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada”¹⁶⁷.

Desse modo, verifica-se que alguns elementos são essenciais para a existência do Estado, quais sejam: um poder político soberano em determinado território com certas finalidades e para um povo específico ali situado, modernamente organizado por intermédio de uma Constituição e que deve agir em coerência e integrado por um sistema político composto por órgãos de poder separados entre si para criar, aplicar e fiscalizar as normas jurídicas que permeiam o

¹⁶⁵ BITTAR, Eduardo C. B. Teoria do estado... p. 243.

¹⁶⁶ MORAIS, Carlos Blanco. O sistema político ... p. 20.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, sociedade...p. 95.

ordenamento jurídico existente por intermédio de regras e princípios jurídicos, pautados pela harmonia desses órgãos em sua execução e controle.

2.3.1 Povo

O Povo como elemento integrante do Estado não deve ser confundido com população. Carlos Blanco define tecnicamente povo como o conjunto de pessoas ligadas a uma determinada coletividade estadual pelo vínculo jurídico da nacionalidade¹⁶⁸. Desse modo, população consiste no conjunto de pessoas que residem dentro do território do Estado que abrange tanto os nacionais quanto os estrangeiros e os apátridas, enquanto o povo integra os residentes e não residentes que possuem um vínculo jurídico de pertença por intermédio da nacionalidade ou cidadania.

Essa diferença específica que caracteriza o povo é dada pela sua atribuição ao Estado, representando um conceito não sociológico, o povo compreende apenas aqueles indivíduos ligados e sujeitos a soberania do Estado por intermédio da cidadania, vivendo ou não em seu território. O povo constitui por si só o Estado.

Jellinek¹⁶⁹ discorre que o povo em sua qualidade subjetiva, forma, devido à unidade do Estado, e por todos os indivíduos estarem unidos, entrelaçados entre si enquanto sujeitos do Estado, uma corporação de associação de autoridade e de associação corporativa. Assim, os indivíduos enquanto objetos do poder do Estado são sujeitos de deveres e, enquanto membros do Estado tornam-se, do contrário, sujeitos de direitos.

Apesar de o Brasil ser considerado um Estado-nação assim como Portugal e França, o conceito de Nação não é o mesmo que o de povo, haja vista este é um conceito sociológico e cultural, não apenas jurídico, e abrange as pessoas unidas por costumes, tradições, necessidades e aspirações que se projetam como uma comunidade de destino universal, pode um Povo abranger diversas Nações.

¹⁶⁸MORAIS, Carlos Blanco. Curso de Direito Constitucional. Coimbra, 2015, p. 19.

¹⁶⁹ JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. 2. Ed. Mexico; Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 379-380.

O Estado-nação moderno, para manter seu controle e a ordem sobre a heterogeneidade e sobre a complexa diversidade social, procurou estabelecer uma ordem homogênea por meio de uma mesma língua, um mesmo sistema jurídico, educacional, político, instaurando mesmos símbolos para uma afirmação identitária. Assim, a ação é a denominação de um povo ao se fixar numa determinada área geográfica e adquirir certo grau de organização político-administrativa, mantendo-se unido por uma história e cultura comuns e pela consciência de que constituem uma unidade cultural¹⁷⁰.

2.3.1.1 Nacionalidade Brasileira

Como dito, o vínculo da nacionalidade decorre da relação entre o povo e o território, podemos dizer que o os habitantes ou a população ocupa o território do Estado se submetendo a ordenação jurídico política ali existente. Os nascidos nesse território detêm a mesma origem, mesma língua, mesmos costumes e tradições formando uma associação de indivíduos com a mesma base social e cultural, que já determinamos de Nação e, portanto esses são os nacionais, os demais são estrangeiros.

Nacionalidade assim é o vínculo jurídico e político de uma pessoa com um Estado, de modo que a esta vinculação ocorre devido ao texto constitucional que assegura esse direito¹⁷¹, podendo este indivíduo interferir nos destinos políticos do país desde que cumpra com requisitos mínimos. É ainda um direito fundamental previsto em nossa atual constituição no art. 12 e em vários tratados internacionais que o Brasil é signatário sobre Direitos Humanos. Em especial o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 20 dispõe que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade, inclusive a do Estado em cujo território houver nascido se não tiver direito a outra, e que ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade ou do direito de mudá-la¹⁷², portanto se não nascer com a

¹⁷⁰ Desse modo é que podemos dizer que existe uma nação judaica, curda, que possuem diversos povos que as constituem, pois são Estados multinacionais.

¹⁷¹ O art. 5º, caput, da Constituição Federal, por exemplo, dispõe “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

¹⁷² No ordenamento jurídico do Brasil, o tratado foi incorporado pelo Decreto nº 678/1992, que tem de acordo com a jurisprudência do STF, o Pacto de São José da Costa Rica possui hierarquia suprallegal.

nacionalidade dos genitores (*jus sanguinis*), terá a nacionalidade do Estado em que nasceu (*jus solis*).

No direito constitucional brasileiro, utiliza-se os termos nacionalidade e cidadania, ou nacional e cidadão, que possuem significados distintos, pois quando falamos do nacional remetemos ao brasileiro nato¹⁷³ ou naturalizado¹⁷⁴ que nasceu no território brasileiro, ou que se vincula a ele. Cidadão qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado¹⁷⁵.

Desse modo, essa distinção permite que possamos articular situações que pareceriam insolúveis. No caso brasileiro, podemos utilizar o exemplo do português equiparado, o qual é cidadão sem ser nacional. Outra situação que apresenta essa diferença são os menores de 18 anos nascidos no Brasil, que para lei são nacionais mais ainda não são cidadãos, já que o nascimento não concede automaticamente direitos políticos a este nacional, é necessário que ele cumpra com outros requisitos temporais.

Nesse sentido, Linares Quintana¹⁷⁶, constitucionalista argentino, também faz a seguinte distinção: “a nacionalidade é o vínculo jurídico que une um indivíduo à sociedade civil (nação, povo etc.); e a cidadania é o vínculo jurídico-político que une a sociedade politicamente organizada ao Estado. Aquele tem influência no domínio das relações civis e se rege pelo direito civil; este, no terreno político, e se regula pelo direito constitucional. A distinção poderá ser mais teórica que prática, mas é real e, portanto, útil na regulamentação sistemática da relação.”¹⁷⁷

2.3.1.2 Espécies de Nacionalidade

a) Nacionalidade originária ou primária

Nacionalidade originária é aquela adquirida por um fato natural, pelo nascimento, no caso brasileiro o rol taxativo se encontra elencado no art. 12, I da CF/88, assim decorrem outros dois critérios principais para a aquisição da nacionalidade

¹⁷³ Nato que corresponde a nacionalidade primária, (art. 12, I da CF/88).

¹⁷⁴ Naturalizado que são os que adotam como segunda nacionalidade a brasileira, (art. 12, II, da CF/88).

¹⁷⁵ Art. 1º, II, e 14 da Constituição Federal brasileira de 1988.

¹⁷⁶QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de laCiencia delDerecho Constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1988, t. VIII, p. 23.

¹⁷⁷

originária, o critério territorial (*jus solis*) segundo o qual não importa a nacionalidade dos pais, mas sim o local de nascimento do indivíduo. E o critério sanguíneo (*jus sanguinis*) segundo o qual não importa onde o indivíduo nasceu, mas sim quem são seus pais, nesse caso importa a nacionalidade destes, se o pai é italiano, o filho será igualmente italiano.

O Brasil adota uma combinação dos dois critérios, os países americanos em regra adotam o critério do *jus solis* haja vista a história de imigração que estes países sofreram, por exemplo, o EUA que dispõe na 14ª Emenda: “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos”.

Já os países da Europa, em regra, adotam como critério principal de aquisição da nacionalidade o *jus sanguinis*¹⁷⁸. Em relação a Portugal com a revisão da lei feita em 2006, reforçou-se o critério do *jus solis*, que segundo Carlos Blanco foi uma opção para acomodar os filhos de imigrantes estrangeiros e os próprios imigrantes residentes em território português, devido a uma opção ideológica.

Inclusive surge divergência doutrinária entre Brasil e Portugal na classificação, uma vez que Flávio Martins¹⁷⁹ e outros doutrinadores optam pela divisão entre a aquisição da nacionalidade em originária (fato natural) e secundária (fato decorrente da vontade), enquanto Carlos Blanco¹⁸⁰ a divide em originária e derivada. Optamos por seguir a classificação Brasileira devido ao tema aqui estudado.

b) Nacionalidade secundária ou adquirida

¹⁷⁸Segundo a legislação italiana, por exemplo, (Lei n. 91, de 15 de fevereiro de 1992), será italiano o filho de pai que seja considerado italiano à época do seu nascimento, o filho de mãe que seja considerada cidadã italiana à época do seu nascimento, desde que nascidos após 1º de janeiro de 1948, etc.

¹⁷⁹ Cfr. em geral, NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 2019. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 2013. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 2000.

¹⁸⁰ Carlos Blanco define a) originária como sendo aquela que produz efeitos desde o nascimento do titular, operando seja por via do *jus sanguinis* (*nascidos de ascendentes portugueses*) (*fato natural*) e da vontade, seja por força do *jus solis* (*atos adquiridos por um ato posterior*), seja ainda por critérios mistos dependentes da vontade do adquirente. b) aquisição derivada que produz efeitos em momentos posteriores ao nascimento como adoção, naturalização e a atribuição graciosa pelo Estado.

Já a secundária é a adquirida por um ato posterior volitivo, uma declaração de vontade, como a naturalização no caso brasileiro presentes no art. 12, II, da CF/88, e na lei de migração nº 13.445/2017. Cabe ressaltar que desde 2017, com a entrada em vigor da supracitada legislação, o procedimento brasileiro é exclusivamente administrativo por decorrência expressa do art. 71¹⁸¹.

Adquire-se a nacionalidade brasileira no momento da publicação no Diário Oficial da União o ato de naturalização¹⁸², pois antes disso o indivíduo está sujeito aos outros regimes no tocante a nacionalidade, como estrangeiro ou apátrida.

Também cabe mencionar os casos em que a Constituição Federal de 1988 tem um tratamento diferenciado para os estrangeiros oriundos de língua portuguesa, que detêm requisitos para naturalização menos rígida, e em especial, o residente no Brasil.

Os portugueses podem optar por manter a nacionalidade de origem, vivendo no Brasil como estrangeiro, ou naturalizar-se brasileiro, ou ainda requerer a equiparação, que nesse último caso manterá todos os direitos de um brasileiro naturalizado e continuará sendo português.

Ao requerer a equiparação, encontrará uma situação muito mais vantajosa, pois não perde a nacionalidade originária e tem todos os direitos do naturalizado, mas essa condição depende de reciprocidade em favor dos brasileiros residentes em Portugal¹⁸³.

Essa reciprocidade como afirma Flávio Martins¹⁸⁴ decorre do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Brasil e Portugal, de 22 de abril de 2000, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto n. 3.927/2001. Segundo o referido tratado: “o estatuto de igualdade será atribuído mediante decisão do Ministério da Justiça, no Brasil, e do Ministério da Administração Interna, em Portugal, aos

¹⁸¹ Art. 71. O pedido de naturalização será apresentado e processado na forma prevista pelo órgão competente do Poder Executivo, sendo cabível recurso em caso de denegação”. É o Ministério da Justiça o órgão competente por apreciar os pedidos de naturalização, nos termos dos arts. 218 e ss. do Decreto n. 9.199/2017, que regulamenta o procedimento de naturalização.

¹⁸² Art. 73 da Lei 13.445/2017 e art. 230, Decreto n. 9.199/2017.

¹⁸³ O que ocorre já que o art. 15, 3. “Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.”

¹⁸⁴ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. p. 1070 e ss.

brasileiros e portugueses que o requeiram, desde que civilmente capazes e com residência habitual no país em que ele é requerido” (art. 15).

Do acordo, três disposições são relevantes para o assunto: primeira que o português equiparado poderá exercer direitos políticos no Brasil desde que resida no Brasil por pelo menos três anos e assim o requeira, contudo deverá deixar de exercer seus direitos políticos no Estado originário, sendo causa impeditiva: “O gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade” (art. 17, item 3).

Imediatamente concedida a equiparação do português será comunicada diplomaticamente a Portugal: “Os Governos do Brasil e de Portugal comunicarão reciprocamente, por via diplomática, a aquisição e perda do estatuto de igualdade regulado no presente Tratado” (art. 21).

E por fim, o português equiparado somente poderá ser extraditado para Portugal (“os brasileiros e portugueses beneficiários do estatuto de igualdade ficam submetidos à lei penal do Estado de residência nas mesmas condições em que os respectivos nacionais e não estão sujeitos à extradição, salvo se requerida pelo Governo do Estado da nacionalidade”) e não para outros países.

Importa saber por último que da mesma maneira que em Portugal, no Brasil alguns cargos são exclusivos para brasileiros como os que estão na linha sucessória presidencial: Presidente, Vice-Presidente, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cargos na carreira diplomática, Oficial das Forças Armadas, Ministro de Estado da Defesa, e que alguns direitos são exclusivos também dos brasileiros natos, como a não extradição de brasileiro nato¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal autorizou a extradição de brasileira nata acusada de homicídio, contudo a referida Extradição 1.462, julgada pela 1ª Turma do STF, em 28-3-2017, tendo como Ministro relator Roberto Barroso, uma brasileira nata mudou-se para os Estados Unidos, casou-se com um norte-americano, e obteve o visto de residência permanente (*greencard*) e matou o esposo. Desse modo, por ter se naturalizado norte-americana, em ato do ministro da Justiça (publicado no Diário Oficial da União no dia 4-7-2013), perdeu a nacionalidade brasileira. E, portanto, não tem mais a benesse do brasileiro nato, qual seja a não extradição. Mesmo impetrando Mandado de Segurança contra esse ato (MS 33.864/DF, 1ª Turma, 19-4-2016, rel. Min. Roberto Barroso), o STF manteve a perda da nacionalidade. Como não era mais brasileira (agora era norte-americana), poderia ser extraditada para os Estados Unidos. Ementa: “O Supremo Tribunal Federal é competente para

c) Apátrida

Dos vínculos de nacionalidade e cidadania derivam os problemas relativos aos apátridas, que são aqueles indivíduos que não possuem nacionalidade, devido a não deterem qualquer vínculo jurídico com qualquer Estado do planeta, seja em decorrência do desaparecimento de um Estado, ou ainda da cassação de nacionalidade; ou, da não atribuição de nacionalidade, apesar de nascimento no local. Em alguns países não se admite para condição de nacionalidade o *jus solis*, somente o *jus sanguini*.

2.3.2 Território

Território é o limite existente dentro do Estado no qual exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre as pessoas e bens ali existentes¹⁸⁶, também consistindo no espaço geográfico e físico delimitado pelas fronteiras, nas quais exerce seu poder de domínio.

Assim, o território é onde o Estado exerce sua autoridade soberana, que também constitui, como vimos, uma das condições da atribuição da nacionalidade, e apresenta-se como pressuposto do exercício de muitos outros direitos fundamentais.

É possível ainda dividir o território em: a) território terrestre, composto pelo espaço físico, pelo solo e subsolo, que tem seus limites na fronteira, demarcados na superfície; b) território aéreo, formado pelo espaço demarcado verticalmente a partir das linhas das fronteiras terrestres e do mar territorial, havendo posições diversas sobre os limites, que vão do espaço atmosférico até a altitude máxima

o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro da Justiça em matéria extradicional (HC 83.113/DF, rel. Min. Celso de Mello). A Constituição Federal, ao cuidar da perda da nacionalidade brasileira, estabelece duas hipóteses: (i) o cancelamento judicial da naturalização (art. 12, § 4º, I); e (ii) a aquisição de outra nacionalidade. Nesta última hipótese, a nacionalidade brasileira só não será perdida em duas situações que constituem exceção à regra: (i) reconhecimento de outra nacionalidade originária (art. 12, § 4º, II, a); e (ii) ter sido a outra nacionalidade imposta pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (art. 12, § 4º, II, b). No caso sob exame, a situação da impetrante não se subsume a qualquer das exceções constitucionalmente previstas para a aquisição de outra nacionalidade, sem perda da nacionalidade brasileira. Denegação da ordem com a revogação da liminar concedida”.

¹⁸⁶ Alexandre Groppali, Doutrina do Estado pag. 140, Carlos Blando de Moraes, Sistema Político, pag. 28 e ss.

alcançada por aeronaves militares e aparelhos movidos a gás hélio¹⁸⁷; c) território marítimo, o qual compreende as águas territoriais e o mar territorial que são as faixas adjacentes a costa sobre o qual o Estado exerce sua soberania com extensão de 12 milhas náuticas¹⁸⁸. O Brasil é signatário ainda da convenção de Montego Bay, que dispõe sobre a Zona Contígua ao mar territorial na extensão de 24 milhas náuticas, o qual detém poder de fiscalização e prevenção, bem como sobre plataforma continental que além do mar territorial estende-se por 200 milhas náuticas e pela profundidade de 200 metros ou até aonde possa se explorar recursos naturais¹⁸⁹.

2.3.3 Forma de Estado

O conceito para a diferenciação da estrutura vertical interna do ordenamento constitucional e do poder político relativo à coletividade é denominado Forma de Estado. Isso se dá em razão da origem do poder constituinte e da divisão vertical de poderes estabelecida conforme a distribuição territorial, que pode ser dividido em estados unitários e estados federados.

2.3.3.1 Estado Unitário

Forma de Estado é o modo pelo qual ocorre o efetivo exercício do poder político em um determinado território. Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se um Estado Unitário. Independentemente da autonomia que atribua a coletividades territoriais que o integrem é regido por uma só Constituição. Apesar de poderem gozar de descentralização administrativa ou político-administrativa, só existe um Estado e uma única Constituição, sendo complementado por leis ordinárias na sua organização interna.

O Estado unitário pode assumir uma natureza simples ou regional. Simples porque admite somente descentralização administrativa por intermédio de

¹⁸⁷ Ricardo Leite Pinto, *Ciência Política e Direito Constitucional*, pag. 119, Apud. Carlos Blanco pag. 29

¹⁸⁸ Aproximadamente 1,85 Quilômetros.

¹⁸⁹ O Brasil, com a tecnologia desenvolvida pelo Pré-Sal, projeto da estatal Petrobrás, já possui em operação extração de recursos naturais em profundidade de 2.220m ou 1,18 milhas náuticas, que opera no Campo de Lula, no projeto Iracema Sul. Já estão em operação mais de 35 risers flexíveis na Bacia de Santos, produzindo petróleo e gás natural.

municípios, a exemplo de Luxemburgo, Suécia e Noruega; ou regional, que além da divisão municipal pode ocorrer a criação de regiões, porção territorial mais extensas, contudo, menos amplas que Estados, ligados por fatores culturais, econômicos ou geográficos.

É possível ainda uma subdivisão dos Estados unitários regionais, naqueles que possuem uma regionalização administrativa, que implica na atribuição às autoridades das regiões, eleitas democraticamente, competências administrativas, financeiras e patrimoniais, a exemplo da Irlanda, Grécia e França.

E em Estados com regionalização político-administrativa que além das competências supracitadas assumem também as políticas e legislativas, a exemplo da Espanha e Itália.

Ainda é possível que o Estado unitário regional possa regionalizar uma parcela minoritária do território chamada de Estado unitário periférico ou parcial, com regionalização político-administrativa, a exemplo de Portugal com as regiões de Madeira e Açores, ou o Reino Unido com as regiões da Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte.

2.3.3.2 Federalismo

Se esse poder é repartido, havendo divisão espacial de poderes, gerando uma variedade de organismos governamentais distribuídos regionalmente, tem-se um Estado Composto denominado Estado federal ou Federação de Estados¹⁹⁰, pois há um desdobramento em diversos estados, cada qual servido por uma constituição própria. Assim, temos o Estado Federal no caso brasileiro a União, depositário da soberania conferida pela Constituição Federal, e os estados federados, também regidos por uma constituição própria, que respeitam hierarquicamente a federal e que possuem, portanto, autonomia mais ampla e uma descentralização estabelecida constitucionalmente¹⁹¹.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo... pag. 98

¹⁹¹ Para um tratamento desenvolvido do tema: CARLOS BLANCO, sistema político, pag. 37 e ss.

Os Estados federais dividem-se em federalismos centrípetos e centrífugos. Os federalismos originários ou centrípetos nascem por vontade de estados independentes que renunciam a sua soberania para constituir uma federação. Em geral, instituem primeiro uma confederação, limitando entre eles os poderes de soberania para avançarem em favor de uma maior integração.

Exatamente por essa composição inicial, os federalismos centrípetos detêm um maior grau de autonomia constitucional, administrativa, financeira aos entes federados, pois abdicam de certos poderes, mas resguardando certas autonomias, a exemplo dos Estados Unidos da América e da Suíça.

Os federalismos derivados ou centrífugos correspondem à transformação de Estados Unitários que por processos constitucionais acabam por transformar províncias e regiões em estados federados, sendo o inverso do centrípeto. Já neste caso o poder é distribuído do centro para as coletividades territoriais periféricas, o que acaba por apresentar uma menor autonomia por parte dos entes federados, a exemplo tem o Brasil, Bélgica, Áustria e Rússia.

3 O ESTADO SUBMETIDO AO DIREITO

Como vimos, a sociedade contemporânea tem suas raízes no século XVIII, fruto da ideia da liberdade, mas essa liberdade é tomada através do indivíduo, da conduta individual nas palavras de Benjamin Constant a “liberdade dos modernos”, e não a “liberdade dos antigos”, como participação política¹⁹².

Essa liberdade que conduziu e inspirou a revolução americana e francesa, que tomou para si o nome de liberalismo, fundamentada na noção de que o homem é um ser livre, e desse modo, não haveria outra resposta para qualquer um que busque a razão, do que uma construção de uma sociedade pautada na liberdade individual, do Estado ou de instituições livres e liberais.¹⁹³

De certo que apesar das particularidades de cada pensador, que somadas, desempenharam papel fundamental e nos conduziram ao modelo atual, a

¹⁹²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, Pag. 1.

¹⁹³ Conferir capítulo 1 da obra.

abstração realizada do homem no estado de natureza, pelo prisma de Hobbes da guerra infinita e do homem mau, ou de Rousseau do paraíso lúdico e do homem bom, todos sem exceção, o homem é livre, livre por natureza, e haja o que houver, a liberdade é inerente à natureza humana, independentemente da lei em vigor.

Entretanto, como bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹⁴, essa liberdade não é absoluta, ela esbarra na limitação da liberdade de cada um para que todos possam ser na medida do possível, livres. A vida social demanda uma coordenação da liberdade dos indivíduos nela existentes, para que todos permaneçam livres. Desse modo, limita-se o campo de liberdade de todos, restringindo-a ao mínimo, a fim de que cada um permaneça livre no máximo compatível com a vida social.

Locke, numa posição moderada, apresenta essa visão, que repousa no bom comportamento espontâneo da maioria. Mas considera que é necessário o Estado com suas leis e tribunais, sua polícia e as suas prisões, para evitar ao mínimo que delitos sejam cometidos, bem como para aplicar as devidas punições aos que infringem a lei.

O homem precisa de outros homens. O indivíduo possui um valor absoluto, mas precisa viver em sociedade para a conservação mútua de suas vidas, de sua liberdade e de seus bens. Apesar de aceitar o contrato social, só o aceita com restrições mínimas a sua liberdade, apenas o necessário para que viva em comunidade. Não tolera outras restrições, continua livre como era no estado de natureza. Dessa forma, surge o novo pensamento sobre o Estado, que refaz o modelo estabelecendo um autêntico e genuíno contrato social.

O Estado então que antes era opressor, absolutista, transforma-se e se organiza para que o poder seja limitado. O poder deve estar também submetido às leis, assim como o povo, sua fonte legítima. A vontade geral deve ser exercida por representantes do povo.

Assim o liberalismo entrega nas mãos do Direito o papel de limitar, instituir e organizar o Poder, bem como disciplinar sua atuação, sempre protegendo o

¹⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição... p. 2.

Homem, sua liberdade, sua vida e sua propriedade. Surge um verdadeiro império do direito também chamado de o Estado de Direito¹⁹⁵.

Hoje o princípio vigorante é da obediência às leis, seja governante ou governado. O Estado, a autoridade, o Poder, também se encontram submetidos às leis, de tal sorte, todos são iguais para a lei, ninguém está isento dela, ou pode deixar de lhe obedecer sob pena de sanções pelo Direito fixadas¹⁹⁶.

Assim na forma típica e original, o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora do seu alcance para mudar. Esse Direito superior e as liberdades que ele o garante advêm das Constituições, pois elas têm o papel de limitar o Poder a fim de proteger as liberdades individuais, definidas por um poder pré-estatal, o poder constituinte, que nasce da liberdade dos homens que se põem em sociedade para melhor defesa de seus direitos.

Isso deixa claro que nenhum órgão, autoridade, agente do Estado, independentemente de sua hierarquia, possui algum poder que não o emanado da Constituição. Consequentemente, a validade de todo e qualquer ato estará vinculado às condicionantes impostas pela Constituição, pois ao contrário se o ato não seguir o que ali está estampado restará maculado de um vício insanável, já que o estabelecido não pode ser alterado, senão por meio de outro poder constituinte¹⁹⁷.

Esse Estado é posto por meio de leis gerais, impessoais, abstratas e iguais para todos que as estejam submetidos e tais leis devem fundamentar todos os atos praticados para que não haja arbítrio. O Estado é organizado em função do direito, e, portanto, nos moldes de uma divisão interna do Poder. O Poder Legislativo declara a lei, o Poder Executivo a coloca em prática por intermédio da força se necessário e o Poder Judiciário soluciona os conflitos que eventualmente surjam, aplicando a lei¹⁹⁸. Desta forma surge um controle pelo Direito, no qual o órgão que o declara não é o mesmo que o executa, o que

¹⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição... p. 4.

¹⁹⁶ AMARAL, Diogo Freitas. Introdução ao Estudo do Direito... p. 42/43.

¹⁹⁷ Poder este delimitado e derivado da própria constituição, que impõe forma e limites quando da sua instituição.

¹⁹⁸ A clássica tripartição dos poderes de Montesquieu.

poderia levar a uma situação de opressão às liberdades individuais, o que corromperia o sistema.

Nesse sentido, iremos abordar a viragem na corrupção deste sistema com referência ao Poder Judiciário, especialmente no caso brasileiro, que acaba por ser o intérprete último do direito, e assim refletir: será que as decisões emanadas ou a interpretação por ele fixada exprime a vontade geral da população? Vontade posta por seus representantes legislativos, e noutro ponto, a concretização que o Poder executivo deveria promover, principalmente em relação aos direitos fundamentais e não o faz. Por resposta, o Poder Judiciário avança além de suas competências e concentra a legislação e a execução somente para si. Isso o tornaria um despótico que tudo pode e tudo faz, ou simplesmente age como um Guardião da lei e do texto constitucional? Tentaremos localizar, nos capítulos a seguir, o cerne deste empoderamento.

3.1 Legitimidade e Legitimação do poder

Como demonstrado, o Estado é detentor do monopólio do uso da força para fazer cumprir, juntos aos indivíduos, as regras que dele emanam, a garantir obediência às normas que ele impõe por intermédio de medidas coercitivas.

Atualmente todos os Estados, devido ao movimento constitucionalista iniciado no século XVIII, um modelo de Estado regido pelo primado da Constituição, pela separação dos poderes, pelo princípio da submissão da Administração Pública à lei e pela salvaguarda dos direitos dos cidadãos por intermédio de órgãos imparciais e independentes, configura-se em um Estado de Direito.

O Estado deve ser, necessariamente, dirigido por uma vontade racional traduzida numa relação de domínio caracterizada pela busca do bem comum, por leis justas e objetivas, respeitadas por seus governantes e governados e pela exclusão das violências e dos arbítrios injustificados, no exercício do poder de autoridade, que foram elaborados em torno dos contributos ideais de Kant¹⁹⁹.

A legitimidade do poder advém do crédulo no entendimento que existe uma razão positiva e minimamente justa para obedecer em consciência à autoridade.

¹⁹⁹ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 45

Essa relação de domínio possui uma justificação material que perpassa pelo conceito de legitimidade política²⁰⁰. A legitimidade do poder político deve ser entendida como o conjunto de vínculos, valores e princípios de ordem cultural, política e jurídica que justificam junto dos governados o tipo de autoridade titulada exercida pelos governantes²⁰¹.

De tal sorte, caso não o fosse, os governantes não passariam de um bando de facínoras ou de “senhores da guerra”, pois estariam apenas condicionando a obediência dos governados e a respectiva conservação dos poderes dos governantes ao uso da força, o que geraria a destruição do Estado de direito.

Para Carlos Blanco, deve-se apontar a diferença entre os conceitos de legitimidade e legitimação. Enquanto o primeiro se refere à bondade de um dado regime político, o segundo fundamenta o poder de autoridade de um titular do poder reconduzido a esse regime²⁰².

Como já dito, a Constituição é fonte legitimadora de um regime político e confere fundamento a atuação dos governantes que agem de acordo com as normas ali expostas²⁰³.

3.2 Formas de Legitimidade

Para Weber²⁰⁴ em sua classificação clássica de tipos de legitimidade, essas poderiam ser: a) a Legitimidade Tradicional; b) a Legitimidade Carismática; c) a Legitimidade legal-racional.

A legitimidade tradicional é mais antiga com fundamentos divinos decorrentes de práticas consuetudinárias, podendo ser tanto formas de poder patriarcal ou

²⁰⁰ KRIELE, Martin. Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 29-31

²⁰¹ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 46

²⁰² MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 47, e nesse sentido CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição... p. 1439

²⁰³ Para Carlos Blanco a obediência pode decorrer de fatores como: a) o costume; b) o cálculo de vantagens de ordem material; c) razões de ordem afetiva ou psicológica e; d) valores ou ideários de ordem política. Mas todos são frágeis para justificar a relação de obediências dos governados pelos governantes.

²⁰⁴ MAX WEBER *Apud* de MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 48

senhorial, modelos de poder fundados em ordenações religiosas ou ainda em regimes monárquicos.

A legitimidade carismática decorre das características ou qualidades dos líderes, que possuem ligação de afeição ou emocional com a comunidade. São verdadeiros gurus, guias ou heróis para com a população, capaz de mobilizar multidões sobre um desígnio superior e coletivo.

A legitimidade legal-racional prima pela obediência dos governantes e governados à legalidade em sentido amplo, que decorre do ordenamento jurídico instaurado por intermédio da Constituição e da forma e termos em que ela estipula como e de que maneira deve-se obedecer. Carlos Blanco aponta que a legitimidade legal-racional de Weber descreve um vínculo de obediência, mas não esclarece por que razão se deve obedecer. Tal fato já era criticado por Carl Schmitt²⁰⁵, posto que poderia ser usurpada essa legitimidade por qualquer protagonista que tomasse o poder.

A legitimidade nesse caso poderá ser imposta pelo poder coercitivo estatal, encapada por normas constitucionais legais, cuja aplicação seja por todos interiorizada e aceita, mas que não pertençam a fatores culturais ou ideológicos.

É nesse sentido que se faz necessária uma distinção dos tipos de legitimidade legal-racional, quais sejam a Legitimidade Democrática, a Legitimidade Revolucionária e a Legitimidade Legal-burocrática²⁰⁶.

A *legitimidade democrática* pressupõe que o fundamento da autoridade dos governantes decorre da autorização expressa por intermédio de uma vontade geral, livre, recorrente e explícita dos governados, instituída ou não na ficção de um “contrato social”.

A *legitimidade revolucionária* pressupõe a quebra de um sistema pré-existente por intermédio de uma força político-militar providencialista que exerce o poder e tem sua legitimidade na força fática, inaugurando um novo Estado com um

²⁰⁵ CARL SCHMITT “*Legalidad y Legitimidad*” Madrid 1971, *Apud* MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 49.

²⁰⁶ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 51

novo programa ideológico de ação e de criação, estabelecendo uma nova ordem legal.

A *legitimidade legal-burocrática*, por sua vez, pressupõe uma ideologia simples, com fontes tradicionais de exercício do poder ou formas limitantes da participação dos cidadãos na designação dos governantes, por intermédio da obediência ao sistema legal vigente, os quais agem administrativamente de maneira intrusiva e repressiva.

No Estado de Direito, os governados que detêm o poder real ou fictício imputam aos governantes suas vontades, o que determina o fundamento do acatamento ao poder.

O povo emergiu paulatinamente sua magnitude política, justificando o poder pela Constituição iniciada no movimento constitucionalista do século XVIII, que surge com a ideia de uma “Lei superior” para organizar e impor limites ao poder político e garantir direitos fundamentais aos cidadãos, reconduzindo o poder a vontade nacional ou popular daquela comunidade.

Dois foram os modos de manifestação desta vontade, uma pela via *plebiscitária* qual ocorre a submissão da Constituição ao voto popular direto, que pode ser feito por intermédio da representação parlamentar (governantes eleitos pelo povo), a outra pela via da *representação existencial*, na situação em que um Monarca ou uma Elite política age autoritariamente em nome do povo através da presunção tácita de sua aceitação.

Deste modo constitui o fundamento da legitimidade do Estado de Direito, a ideia de que o Povo exerce o domínio político estatal, por um mandado representativo, que poderá ser direto ou indireto, no qual elegem seus representantes (governantes), que estabelecem as diretrizes de atuação da vida dos cidadãos naquela determinada sociedade (governados), em conformidade com as regras jurídicas que ambos se sujeitam²⁰⁷.

Cabe ainda destacar a diferença entre *Estado de direito formal* e *Estado material de direito*.

²⁰⁷ CARL SCHMITT. Legalidad y Legitimidad... p. 23 – *Apud* SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo... p. 113

No Estado formal de direito, o poder pode ser legítimo, simplesmente pelos governados aceitarem passivamente a justificação ao fundamento originário deste poder, sem que contestem ou se oponham e não necessariamente aderindo a ele. É por tal que esse Estado pode acabar servindo aos interesses ditatoriais, pois o Direito acaba se confundindo com o mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, econômica, social e ideológica²⁰⁸. Todo esse Estado acaba por ser um Estado de Direito mesmo que seja ditatorial²⁰⁹. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal²¹⁰.

No Estado material de direito, a ordem constitucional é integrada ao princípio da separação de poderes, da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais civis e políticos dos cidadãos, sendo indissociável a prerrogativa dos governados em escolherem livremente mediante eleições os seus representantes, direito que implica a existência de uma *legitimidade democrática*.

3.3 Direito Constitucional

O estudo da constituição é um ramo do direito de extrema importância. O chamado Direito Constitucional pode ser conceituado como o ramo do Direito Público interno de uma ordem jurídica global. Assim, para Pontes de Miranda²¹¹, o Direito constitucional fixa aos fundamentos estruturais do Estado. Alexandre de Moraes²¹², na mesma linha salienta o seu caráter fundamental para a organização e funcionamento do Estado, articulação dos elementos primários estatais e estabelecimento das bases da estrutura política. José Afonso da Silva²¹³ aponta que o Direito Constitucional interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado. Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho²¹⁴, em

²⁰⁸ O que no fundo esconde uma ideologia reacionária.

²⁰⁹ Para Kelsen Estado e Direito são conceitos idênticos, na medida em que Estado e ordem jurídica se confundem, todo Estado há de ser um Estado de Direito. KELSEN. Teoria Pura do Direito... p. 411.

²¹⁰ Nesse sentido Cf. Carré de Malberg, Contribution a lathéoriegénérale de l'etat... p. 490- 494. Apud. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo... p. 115.

²¹¹ PONTES DE MIRANDA, Comentários a constituição de 1967, Rio de Janeiro: LTr, 1967.

²¹² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

uma visão mais institucionalista, conceitua como conhecimento sistematizado das regras jurídicas relativas à forma do Estado, à forma de Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação.

Numa visão comparada, Jorge Miranda²¹⁵ define direito Constitucional como a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. Canotilho²¹⁶, em concepção teórica, assinala o Direito Constitucional como um ramo do Direito Público Interno, de uma ordem jurídica global. Por fim, numa visão mais conservadora, Marcelo Caetano²¹⁷ trata o Direito Constitucional como conjunto de normas jurídicas que regula a estrutura do Estado, designa as suas funções e define as suas atribuições e os limites dos supremos órgãos do poder público.

De acordo com José Brito Filomeno²¹⁸, o termo constituição provém de *constitutio*, em latim, e significa precisamente forma, criação, dando a ideia de algo que é formado, criado pela vontade de alguém. Significa exatamente estruturação da sociedade onde seus elementos constitutivos são expostos e delineados.

Constituição é a própria criação como ente autônomo da vontade dos que a instituíram, bem como sua estruturação e a do Estado, definindo órgãos que exerceram a atividade política, suas respectivas funções, tudo baseado no bem comum do povo. Portanto, ao falar-se em Constituição surge a ideia de algo escrito, bem verdade é que não necessariamente o será. A exemplo da Constituição Inglesa, mas não só, na própria constituição brasileira, existem preceitos constitucionais que estão relacionados aos costumes e tradições.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que na Grécia e Roma antigas já existia a percepção que algumas leis, que organizam o próprio Estado, são superiores às demais e aos próprios órgãos de governo, mas antes do iluminismo não se ousou afirmar que o homem pudesse escrever essas leis, nem

²¹⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional... p.138.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

²¹⁷ CAETANO, Marcelo. Manual de ciência política e direito constitucional. 6ª ed. rev. e ampliada, reimp. - Coimbra: Almedina, 1983.

²¹⁸ FILOMENO, José Brito. Teoria Geral do Estado e da Constituição, 10.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

mesmo registrar historicamente uma organização pré-fixada, racionalmente estabelecida.

É somente após a revolução francesa 1789, que a ideia de uma Constituição escrita se difundiu e ganhou adeptos, apesar de a Magna Carta de 1215, que como aponta Flávio Martins, ter sido um documento que o Rei João não tinha a menor intenção de cumprir e de fato não cumpriu²¹⁹. Contudo, foi um marco histórico, pois limitou o poder do governante²²⁰, com vistas a assegurar os direitos e garantias individuais.

As modernas Constituições trazem de forma menos ou mais pormenorizada a engenharia política de Montesquieu, da repartição dos poderes entre os que detêm a atividade legiferante, os que executam o direito e os que aplicam o ordenamento jurídico, limitando-se mutuamente.

3.4 O que significa constitucionalismo?

Para Flávio Martins, constitucionalismo é o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição.

É um movimento social, pois resultou da reunião de uma série de movimentos sociais historicamente relevantes, buscando a limitação do poder do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais²²¹.

²¹⁹ “Em 1217, o Rei Henrique III, ainda menor, firmou uma nova versão da Magna Carta (da qual atualmente existem 4 exemplares no mundo), que foi selada pelo legado do papa, Guala e pelo regente William Marshal. O conteúdo é muito semelhante ao documento do ano anterior, com algumas novas cláusulas (como a ordem de destruir todos os castelos construídos sem autorização durante a guerra e um capítulo sobre a floresta real). Cf. MARTINS. Flávio. Curso de Direito Constitucional... p. 61.

²²⁰ “no taxation without representation”, ou “no damnation without the due processo flaw”, em português, nenhuma tributação sem representação, ou sem condenação antes do devido processo legal.

²²¹ “O constitucionalismo francês seria a consequência da Revolução Francesa, que se assinalaria em 14 de julho de 1789, com a Tomada da Bastilha, uma data mais simbólica do que real, em que se concentra a mudança de um regime e de um paradigma de Estado: a passagem do Estado Moderno ao Estado Contemporâneo. Rapidamente, as instituições do Ancien Régime seriam abolidas e, no seu lugar, proclamadas as instituições do Liberalismo e do Constitucionalismo”. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Introdução, parte geral, parte especial. 5ª Ed. Volume I. Almedina, 2013, p. 312.

Podemos citar como exemplo a primeira Constituição de Portugal, que decorreu de movimentos sociais, como a Revolução de Porto de 1820, que contou com amplo apoio popular²²².

É político, porque acordos e negociações foram realizados para limitação do poder estatal e a consequente organização do Estado por intermédio de uma Constituição, a exemplo da outorga da *Magna Charta Libertatum* de 1215²²³ e da Constituição Norte-Americana, devido a negociação política entre as colônias.

Ademais é jurídico, pois consiste na construção de teorias desde a busca inicial pela força normativa da Constituição, capaz de alterar a realidade e limitar o poder estatal²²⁴, até as teorias jurídicas mais modernas.

É indiscutível que o constitucionalismo não se desenvolveu de forma equivalente em todo o globo. Canotilho utiliza-se da expressão movimentos constitucionais, em substituição ao constitucionalismo, por acreditar que não exista apenas um, mas diversos e cada um com características próprias²²⁵. Noutras palavras, reconhece o Constitucionalismo como teoria ou ideologia²²⁶, afirma que, “é, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”²²⁷.

²²² Uns, que conheciam as vantagens do governo representativo, queriam este governo; e todos queriam a corte em Lisboa, porque odiavam a ideia de serem colônia de uma colônia”. BARRETO, D. José Trazimundo Mascarenhas. Memórias do marquês de Fronteira e de Alorna ditadas por ele em 1861. Disponível em: <http://purl.pt/12114/4/hg-29872-v/hg-29872-v_item4/index.html>. Acessado em: 10 mar. 2019.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 37.

²²⁴ “A Constituição representa o escalão do Direito Positivo mais elevado. (...) Essa Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo”. Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247.

²²⁵ O constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês.

²²⁶ Jorge Miranda afirma que “o constitucionalismo como movimento revolucionário de vocação universal é na França que triunfa em 1789. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão não se dirige apenas aos franceses e o seu art. 16º contém uma noção de Constituição em sentido material (e, implicitamente, em sentido formal). O exemplo inglês, não obstante, lhe levar um século de antecedência, não teve o mesmo efeito no século XIX. Já no século XX quer as vicissitudes políticas da própria França quer as dos demais países levariam a uma diluição de influência. Quanto aos Estados africanos saídos da descolonização francesa são as maiores diferenças em relação à França do que a dos Estados latino-americanos frente aos Estados Unidos.” MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 112

²²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2012, p. 51.

Para além dos conceitos tradicionais, o Estado moderno tem de coexistir com diversas formas de estruturas numa verdadeira rede de poderes públicos, estruturas essas tanto para cima quanto para abaixo, há de reformular o modelo e suas funções, modo de agir e interações²²⁸.

Podemos dizer que a diferenciação funcional da sociedade moderna acarreta a positivação do direito, pois a positivação do direito está intimamente ligada ao aparecimento da Constituição no sentido moderno.²²⁹ Ao passo que as representações moral-legitimadoras, que eram legítimas a todas as esferas sociais, perdem sua função e sua significação social, e consequentemente as decisões aplicadoras de direito e legisladoras não podem mais serem sustentadas, ou tê-las como fundamento.

Para Neves a positivação do direito constitucional como autodeterminação significa a exclusão de qualquer supradeterminação imediata do direito por outros sistemas sociais, como política, economia, ciência etc.²³⁰ Assim a relação entre sistema político e sistema jurídico é horizontal-funcional e não mais vertical-hierárquico, já que substitui orientações externas tais como o direito natural havia postulado.

Isso implica dizer que a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode apreender sem perder sua autonomia, por ser a própria Constituição a negação da alterabilidade ilimitada do direito, impedindo intervenções diretas de outros sistemas sociais no direito, sobretudo do sistema político.

É possível ver tal manifestação no decorrer do processo de concretização constitucional. A circularidade é mantida, entre criação e aplicação do direito, quando as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para essas questões determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais²³¹.

²²⁸ MIRANDA, Jorge. A constituição no limiar do século XXI, Ed. AAFDL. 2016, p. 8.

²²⁹ NEVES, Marcelo. Constituição e direito na modernidade periférica. 1º Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 66

²³⁰ NEVES, Marcelo. Constituição e direito... p. 67

²³¹ Obviamente que pode haver interações, influências hierarquias e assimetizações, mas quando da realização da concretização é possível verificar no controle inverso que será exercido, e se antecipar, sem se submeter a esse controle.

Contudo, com uma comunicação crescente entre os diversos meios, culturas, jurisprudências, juristas, reflexo da globalização e de uma tendência cada vez maior de integração supranacional com a interpenetração ou transverticalidade entre o Direito Constitucional Estatal e do Direito das Gentes levam aos neologismos Transconstitucionalismo²³², Interconstitucionalidade²³³ ou Constitucionalismo Multinível²³⁴.

3.5 Texto constitucional e realidade constitucional

O pensamento jurídico clássico que alimentava duas ficções não subsiste nos dias atuais, não resistiram às forças do tempo. A primeira de que o Direito, a norma jurídica era a expressão da razão de uma justiça imanente, e a segunda de que o Direito se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz aplica aos fatos a norma, e destes processos se extraia as consequências jurídicas que nela já se continham. Por outro lado, ao caminhar do século XX surgiu crença de que o Direito é frequentemente, não a expressão de uma justiça intrínseca, mas de interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar, e noutro ponto, em situações diversas a solução para problemas jurídicos semelhantes não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico, do contrário, deve ser construída argumentativamente pelo interprete.²³⁵

Nesse contexto, conforme já apresentado, a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica. O pós-positivismo superou a separação profunda que o positivismo impôs entre Direito e a Moral, entre Direito e outros domínios do conhecimento. Isso ocorre porque se as soluções dos problemas jurídicos não podem ser encontradas somente na norma é preciso que o Direito as busque em outros lugares.

²³²NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. 1ª Edição. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo. 2009.

²³³CANOTILHO, J. J. Gomes. “Branquinhos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

²³⁴PERNICE. Ingolf. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism A Legal Response to the Challenges of Globalisation. WHI - Paper 9/08. Essays in Honour of Christian Tomuschat. Berlin. 2006, pp. 973-1006

²³⁵BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria in: Separação de poderes; aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário. Org. Novelino. Marcelo. 1 ed. Salvador. Juspodivm. 2018, p. 247-248

Ao se aproximar da filosofia moral em busca de valores como a justiça, ou da filosofia política, que nos expressa a perquisição da legitimidade democrática e da realização dos fins públicos que promovam o bem-estar, e porque não, em mesma medida, nos aproximar de outros sistemas como a economia e psicologia, o pós-positivismo se deleita da razão prática na teoria da justiça e na legitimação democrática.

As questões de direito constitucional devem ser repensadas, quando se pretende problematizar uma disciplina jurídica cada vez mais considerada como estruturalmente formativa para aqueles que desejam aprender os fundamentos básicos da organização política contemporânea.²³⁶

É de fundamental importância o conhecimento dos elementos estruturais do Estado para a compreensão da formação do seu ordenamento jurídico dentro de paradigma democrático, o que nos leva a saber ou a dissecar conceitos de legalidade e legitimidade, bem como imperioso destacar a diferença entre Constituição, Constitucionalismo e Direito Constitucional, buscando a perfeita compreensão sobre esses institutos.

Com o avanço da sociedade após o século XIX, que provinha de um Estado Legislativo, no qual os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário, e com ápice da soberania do Estado houve uma viragem, que pouco a pouco foi substituindo a visão clássica do termo “soberania”, e ainda com uma ampliação e publicização do Direito, com a proliferação das normas de ordem pública.

A grande produção legislativa, o positivismo jurídico exacerbado, culminou na derrocada desse modelo. Quanto mais leis eram promulgadas, maior a ilegalidade se espalhava. A busca pela promoção do direito, da legitimidade e da legalidade acabou exercendo um efeito contrário ao esperado.

Nos primórdios do constitucionalismo, a constituição era objeto e anseio de todos, sendo que na França em 1789, estavam dispostos os cidadãos a

²³⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1998. Pag. 13.

sacrificarem bens, negócios e sua tranquilidade²³⁷. Mas não só o conceito de constituição ali era de catecismo do gênero humano, em mesma medida nos EUA, a “maravilhosa constituição” era chamada de “pergaminho mágico”, ou até mesmo a Bíblia Política do Estado²³⁸.

Essas referências fizeram com que o conceito tomasse rumos de que o constitucionalismo ou a Constituição fossem o remédio universal para todos os males físicos e morais²³⁹, em outras palavras, uma verdadeira panaceia, afastando-se, porém, do desígnio de “conceito-guia”.

Isto se explica pela história, mas não só, a Constituição passou a ser suporte de esperança e qualquer que se colocasse contra a isso era taxado de opressor.

Sucedem que a história não se forma, tampouco se molda, exclusivamente com base em conceitos e ideais. Entre o idealizado e os fatos da vida real pode existir um abismo que os separa, impondo-se uma revisão de posturas, conceitos e alternativas, com vistas a soluções para novos problemas que emergem²⁴⁰.

Nesse diapasão, apesar de haver certo consenso, durante determinado período acerca do conceito de soberania, inúmeros acontecimentos notadamente a partir do século XIX e em especial após a segunda metade do século XX, colocaram em xeque essa concepção clássica de soberania.²⁴¹

Georg Jellinek²⁴² distinguiu duas espécies de organização política territorial, sendo a primeira na qual o soberano é considerado representante do poder divino e sua vontade se assemelha à da divindade, por conseguinte o Estado precisa de um complemento transcendente, mediante o qual ele realmente

²³⁷MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 2ªed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, capítulo 1.2.4.

²³⁸ , Referência que Marcelo Neves faz a George Sutherland juiz da Suprema Corte Americana em 1936. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo... p. 5.

²³⁹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo... p. 5.

²⁴⁰ VIANNA, José Ricardo Alvarez. Transconstitucionalismo ambiental sob a perspectiva luso-brasileira, Provas complementares de Doutorado em Ciência Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 27.

²⁴¹ Concepção de Soberania de Jean Bodin em “Lês Six Livres de La République. Paris: Le Livre de Poche, 1993: É o poder absoluto e perpétuo de uma República”. Mesmo Bodin, faz uma diferenciação entre o poder absoluto do soberano no exercício do *jus imperium*, no qual a máxima *princeps legibussolutus est* (o príncipe está desobrigado de todas as leis) vigorava e não havia limitações jurídico-positivas, e a submissão destes às leis divinas e naturais.

²⁴²JELLINEK, Georg. Teoria general del estado. Buenos Aires. Albatros. 1981, p. 217.

adquire sua plena capacidade. Na segunda, o soberano é limitado pelo poder divino que se manifesta através de outros órgãos supra estatais. Surge um dualismo interno, o poder humano (soberano) é limitado pelo poder divino (sacerdotes), chegando até a dominá-lo.

Ressalta que em ambos os casos, a vida social era organizada em hierarquia, e a diferenciação do poder superior e inferior, a semelhança do equilíbrio dinâmico entre o bem e o mal.

Hoje não podemos conceber soberania como antigamente, de caráter absoluto sem responsabilidade. Atualmente apresenta um viés muito mais de responsabilização do que de autonomia do Estado.

O limite é justamente a ponderação entre os princípios delineados no texto, a busca por uma fundamentação que corresponda com o ato que se pretende praticar. Se o Brasil por meio de uma política pública resolve liberar o desmatamento da Amazônia para a construção de campos de futebol ou implementação de usinas, isso vai contra os princípios ambientais, o que não pode ser sustentado, além do fato de que essa atitude geraria impacto em outros países, não só ao Brasil.

Numa sociedade onde estamos altamente integrados ambiental e tecnologicamente, é impossível aceitar que tal exemplo ocorra, e é nesse sentido que a soberania estatal não pode ser tida como absoluta.

Assim é interessante ressaltar a interação em rede das Constituições e ordenamentos constitucionais, haja vista que a concepção de Soberania Estatal nas palavras de Ingolf Pernice é “Ultrapassada e uma Ilusão aconchegante se não perigosa”.²⁴³

Não se pode falar na concepção criada à época de Jean Bodin, o conceito se encontra mais relativizado do que nunca, de modo que a aplicação da Soberania (normas estatais) sobre o território, a fim de regular as interações entre indivíduos (povo), encontra-se abalada, sendo necessário olhar para o direito

²⁴³ PERNICE. Ingolf. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism... p. 973/1006.

globalmente como desenvolvimento entre nações, e especialmente voltada para o indivíduo.

A Supremacia Constitucional surgiu então como meio alternativo e substituto, de tal sorte, isso implica na Constituição como Lei Maior, em outras palavras, *Lex Superior* que se fundamenta e adquire em si própria sua validade. É a base e o manancial da produção jurídica de outras normas, assim todos os atos dos poderes políticos devem estar em conformidade com a Constituição²⁴⁴. Porém o que se percebe com o atual cenário é que cada vez mais caminhamos para uma conjectura cinzenta, não sendo possível mais uma visão dualista, uma dicotomia entre certo e errado, entre moral e amoral, branco e preto, Estado e Indivíduo.

Trata-se de uma questão relativa à concretização da norma constitucional, relacionando texto e realidade constitucional, que se opera no decurso da concretização. Para Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo e do âmbito normativo²⁴⁵. Assim com a conexão desses dois componentes da norma jurídica temos a estrutura normativa, que não resulta apenas da interpretação aplicadora do texto normativo, a qual poderia levar a diversas compreensões ou soluções diferentes. É necessário que ela inclua o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização específica.

Deste modo, temos a normatividade concreta e normatividade materialmente determinada, sendo a primeira a possibilidade de influenciar a realidade a ela relacionada, e a segunda ser influenciada e estruturada por esse aspecto de realidade²⁴⁶. Conclui-se nessa posição que a norma jurídica, especialmente a norma constitucional, só é estabelecida no decorrer do processo de concretização.

Para além desta orientação, Peter Häberle apresenta a relativa a pessoas e grupos através da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição²⁴⁷. Nesse

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição... p. 51.

²⁴⁵ Dados linguísticos e dados reais. MÜLLER, Fredrich. Werist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – ElementeeinerVerfassungstheori. VI. Berlim: Duncker&Humblot. 1997, p. 232 Apud NEVES, Marcelo. Constituição e direito... p. 76

²⁴⁶ MÜLLER, Fredrich. Werist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – ElementeeinerVerfassungstheori. VI. Berlim: Duncker&Humblot. 1997, p. 232 Apud NEVES, Marcelo. Constituição e direito... p. 77

²⁴⁷ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

ensaio, ele levanta a questão dos participantes na concretização da norma constitucional, já que nos processos de interpretação da Constituição, estão envolvidos todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos e todos os cidadãos e grupos, no sentido de que, se a Constituição pretende ter força regulatória dentro da sociedade hipercomplexa, o texto constitucional não pode ser visto como definitivo ou acabado, mas antes como um projeto em contínuo desenvolvimento.

O juiz constitucional é apenas um portador intermediário, já que ele nessa perspectiva pública pluralista é rodeado por diversos interesses.

Claro que o absolutismo da constituição como se via antes da II Guerra Mundial levou a cenários catastróficos, a problemática das ditaduras apoiadas na soberania do Estado no século XX: Nazismo na Alemanha, Fascismo na Itália, Franquismo na Espanha, Stalinismo na Rússia, e para citar correntes casos que ainda perduram no século XXI a China e a Coreia do Norte.

A jurisdição constitucional ascende, sobretudo, no período entre as duas grandes guerras mundiais como uma resposta à soberania do Monarca ou do Parlamento aos desmandes praticados ao longo da Idade Média²⁴⁸. O positivismo, no após a II Guerra Mundial, caiu em desuso, ou como citado, por conta dos abusos nazistas e fascistas perpetrados em nome do cumprimento da lei, entrou em crise.

Isso possibilitou um avanço no chamado pós-positivismo²⁴⁹. A solução a ser encontrada foge simplesmente da aplicação da norma jurídica, noutras palavras, se ela não se encontra exclusivamente na norma onde achá-la? Surge então novamente a aproximação entre Direito e a Moral tão combatida pelo positivismo jurídico e tantos outros domínios do conhecimento.

E na construção da solução que não é encontrada diretamente na norma, o Direito aproxima-se da filosofia moral em busca da justiça e de outros valores, valores de base jusnaturalista, de modo que a aplicação do direito se baseasse em técnicas que buscavam a concretude judicial, tendo o judiciário o verdadeiro

²⁴⁸NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. QUINAIA, Cristiano Aparecido. Estado de Coisas Inconstitucional: Do Precedente Colombiano ao Leading Case Brasileiro. Editora Unijur. Ano 6. Nº 12. Jul/Dez. 2018.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto... p. 248

papel de guardião dos direitos assegurados na Constituição, mas que na história recente tem ultrapassado os limites pela própria Constituição impostos.

3.6 Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo

Como dito, após a segunda guerra mundial aparece uma nova etapa do Constitucionalismo denominada Neoconstitucionalismo. Deste modo, busca-se integrar a moral ao direito, ao colocar em sua seara uma moralização do fenômeno jurídico, passando a considerar os valores existentes na sociedade.

O Neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico, fruto do pós-positivismo, que tem como referências históricas o combate contra o positivismo “legicentrista”, buscando, assim, a proteção dos direitos humanos e as arbitrariedades da lei, em especial no pós-guerra devido aos horrores praticados, a exemplo, pelo regime nazista²⁵⁰. Outros motivos também são de igual relevância, a crescente aproximação entre os países, com a confecção de tratados socioeconômicos, que desencadeou uma parametrização de medidas; o trânsito de pessoas por outros países, ampliação dos negócios, meios de transporte e comunicação, o que levou a normas genéricas e flexíveis para comportar essa nova dinâmica social pelos legisladores constitucionais.

Somado a isso, a complexidade e o dinamismo da sociedade moderna acabaram por levar o constituinte originário a não conseguir prever tudo, sendo necessário que o texto constitucional fosse amplo e aberto, proporcionando mais plasticidade e elasticidade.

Nesse sentido, Jorge Miranda afirma que a Lei Fundamental de Bonn juntamente com a Constituição da República Italiana de 1947 foram a origem do surgimento do Neoconstitucionalismo, englobando direitos fundamentais que abarcavam relações civis, ético-sociais, econômicas e políticas, inovando no exercício da função legislativa (Iniciativa popular, veto popular com referendo resolutivo ou

²⁵⁰ Com as Leis de Nuremberg em 1935 na Alemanha Nazista, pode se implementar segregação racial, entre alemães puros e judeus. FRANCISCO, José Francisco. (Neo) constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. In: Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey; 2012. p. 60

revogatório, competência legislativa das comissões parlamentares e a existência de um Tribunal Constitucional)²⁵¹.

No referencial filosófico o Neoconstitucionalismo deu ensejo ao pós-positivismo. O positivismo na busca de objetividade científica equiparou o Direito à lei, afastou-se da filosofia e das discussões de legitimidade e justiça. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália, regimes que promoveram a barbárie sob o manto da lei. Desde o fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito²⁵².

Como marcos teóricos, temos o reconhecimento da “força normativa da constituição”, de Konrad Hesse, escrita em 1959²⁵³, criticando que a constituição não deveria ser apenas um pedaço de papel, afirmação de Ferdinand Lassale. Influenciado por Wilhelm Humboldt, afirmava que mesmo como simples construção teórica a constituição deve encontrar sua força vital no tempo, nas circunstâncias e no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento²⁵⁴.

Deste modo, a constituição deve incorporar o estado espiritual de seu tempo, o que irá assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral, pois engloba a realidade social, política e histórica do país. Portanto, para Hesse a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, e configura essa realidade, além de ordenar e conformar a realidade política e social.

Como consequências do Neoconstitucionalismo podemos citar o maior reconhecimento a eficácia dos princípios jurídicos, ainda que não escritos, que antes apenas eram considerados como recomendações ou sugestões para o futuro, agora passam a ser considerados normas constitucionais. Dessa forma ocorre também uma maior eficácia das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais, tema desenvolvido no item 4.3 do trabalho.

²⁵¹JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional... Tomo I, Coimbra 2014 p. 184

²⁵²BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo... p. 269

²⁵³HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1991.

²⁵⁴HESSE, Konrad. A força normativa da constituição... P. 18

Há uma expansão da jurisdição constitucional. Foram criados tribunais constitucionais por toda Europa e com isso surge também uma hermenêutica constitucional, pois interpretar a constituição é diferente de se interpretar qualquer outra lei, mesmo havendo pontos de contato, levando a doutrina e a jurisprudência a desenvolver e sistematizar um conjunto próprio de princípios aplicáveis a interpretação constitucional²⁵⁵, o que acarreta um maior protagonismo do Poder Judiciário, exigindo a implantação de políticas públicas e o cumprimento das normas Constitucionais, em especial as definidoras de direitos sociais, que demandam do Estado uma prestação positiva.

3.7 Regime Político e Sistema Político

Na atual época, a grande maioria dos Estados, a par de pouquíssimas exceções, é regida por constituições, que determinam uma legitimação de poder estruturado pelo ordenamento jurídico hierarquizado, que vinculam governantes e governados, independentemente de estarem sob um regime democrático ou ditatorial.

Nesse sentido, as características para buscarmos os conceitos de *regime político* e *sistema político* podem ser encontradas na noção clássica de Constituição em sentido material, primeiro porque fundamenta o poder dos governantes e disciplina juridicamente a sua organização bem como as suas relações com os governados, e segundo por ser um estatuto identitário do poder político estadual e o estatuto da sociedade nas relações com esse poder²⁵⁶.

Carlos Blanco afirma que apesar das divergências doutrinárias, tais conceitos apesar de serem concêntricos e estreitamente articulados, são realidades distintas, pois regime político se fundamenta na legitimação de um modelo de poder político territorial, definido em razão da relação concreta que é estabelecida entre autoridades soberanas e o povo²⁵⁷.

²⁵⁵ Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2015 e DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

²⁵⁶ MORAIS, Carlos Blanco, Curso de Direito Constitucional. Tomo II, Coimbra, 2015, p. 41.

²⁵⁷ MORAIS, Carlos Blanco, Curso de Direito Constitucional... p. 53

Deste modo, esse instituto é mais abrangente que o sistema político, já que as diferentes modalidades de organização institucional desse mesmo poder acabam por se desdobrar em diferentes sistemas políticos.

Verifica-se assim que a identificação dos regimes políticos e dos sistemas políticos que deles desdobram depende de uma leitura crítica da Constituição e da prática política que se desenvolve sobre seu manto, já que mesmo nos regimes democráticos, a estruturação do poder pela Constituição pode apresentar modalidades diferentes, com uma estrutura que apresenta como instituição soberana, Chefe de Estado, ou o Parlamento, ou o Governo, que a partir disso pode se multiplicar em diversos sistemas políticos aptos a comportar uma democracia.

Especificamente falaremos sobre os sistemas políticos democráticos, por questões do escopo do trabalho apresentado. Estamos estudando o sistema político brasileiro, e nesse sentido cabe compará-lo com outros sistemas políticos que se enquadrem no mesmo regime, qual seja a democracia representativa, e não compará-la com sistemas de poder autocrático. Em que pese possa ser desenvolvido questões como transições de autocracias para os sistemas democráticos, ou ainda, o estudo sistemático do funcionamento desses sistemas, para que possam ser desenvolvidos processos de transição política.

Assim, Regimes Políticos e Sistemas Políticos são, de acordo com Carlos Blanco, classificações perpetradas pela doutrina, com o intuito de se permitir uma compreensão dos diferentes modelos políticos que legitimam, ordenam e estruturam o poder soberano dos estados²⁵⁸. A apresentação de uma classificação se faz necessária para que não parem dúvidas sobre o objeto do estudo.

Regime político é o modelo doutrinal ou ideológico onde repousam os fundamentos da legitimidade do poder soberano de um Estado bem como da definição do tipo de enlace jurídico-político que é estabelecido entre o povo e os órgãos que exercem o mesmo poder²⁵⁹.

²⁵⁸ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 54

²⁵⁹ Nesse sentido conferir, MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 65 e ss. SOUSA, Marcelo Rabelo. Direito Constitucional. Braga: 1979. p. 322 e ss.

Devemos ainda analisar a questão da forma de governo, que é o aspecto relativo ao tempo e ao modo de sucessão na Chefia do Estado, que pode ser tipificada devido ao caráter temporário ou vitalício do exercício do cargo, ou ainda em razão da hereditariedade ou não da sua sucessão, a exemplo da monarquia e da república, que nos dias atuais se apresentam como uma subcategoria dos regimes políticos existentes.

Sistema político é o modelo de estruturação e de relacionamento dos órgãos de soberania no exercício do poder político²⁶⁰. Para verificarmos qual o sistema político desenvolvido no âmbito de um regime democrático, devemos analisar: a) qual a instituição soberana que assume um papel dominante no exercício da ação política; b) Se há interferência política, o que pode provocar dissolução, demissão ou ainda destituição dos mandatos por instituições soberanas; c) qual o sistema eleitoral que concede os mandatos e a relação entre Parlamento e poder executivo, quanto a governabilidade e a representatividade dos governantes pelos governados²⁶¹.

Deste modo, dependendo do modelo de governação, ou seja, do modelo ou paradigma, poderemos dividir em categorias os sistemas políticos. Existem diversas formas de poder político em que o Presidente da República, eleito por sufrágio universal, dispõe da competência para chefiar diretamente o executivo, o qual podemos chamar de *Sistemas Presidencialistas*, a exemplo do Brasil e EUA, nos quais existe a interdependência entre poder executivo e legislativo.

Existem ainda outras variantes que podem ser enquadradas em subcategorias, ou ainda, serem estruturadas em variantes híbridas, como no caso no qual o Chefe de Estado tem escassos poderes de direção e controle político, sendo eleito por sufrágio universal e não pelo Parlamento, a exemplo a Islândia, Finlândia, dentre outros, que podem ser enquadrados no *Sistema Parlamentar*²⁶².

²⁶⁰MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 225

²⁶¹ Em sentido diverso com a nomenclatura de Sistema de Governo, Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo, AADFL, Lisboa, 2017

²⁶² Geralmente sistemas parlamentares, a instituição parlamenta constitui o órgão soberano proeminente, devido a ser fonte de poder e de legitimação do governo. Enquanto nos sistemas presidencialistas o presidente da República detém essa posição proeminente, assumindo a condução da política geral do país.

Outros fatores que podem conduzir a determinação de um sistema político correlacionam-se a relação de sua estruturação, a composição dos órgãos e instituições, sua organização, funcionamento e competência, bem como a designação dos respectivos titulares e da definição de seus estatutos, juntamente com a interação político-institucional entre estes, arquitetada na repartição dos poderes e nos sistemas de freios e contrapesos, com efeitos políticos e jurídicos vinculantes.

É da união destas características que se poderá verificar os eixos relacionais de poder que emanam das instituições soberanas, podendo-se medir o posicionamento predominante de uma delas, o qual poderá ser intermitente ou constante, para definição do sistema político de governo.

Cabe destacar que é necessário analisar os órgãos que exercem um poder político, que desempenham função política, o que geralmente é desempenhado pela Chefia do Estado, o Governo e o Parlamento, que busca ordenar a vida dos cidadãos em determinada sociedade, buscando o interesse público e os fins do Estado. A função política compreende a atividade legislativa, a atividade política emanadas por atos políticos, individuais e concretos, a exemplo do veto e da promulgação, além das normas não legislativas de conteúdo político, como decretos de declaração do estado de sítio ou os regimentos parlamentares²⁶³.

O Poder Judiciário não exerce função política em termos constitucionais, já que cabe a ele somente a aplicação e interpretação das leis, pautados em critérios unicamente jurídicos e não políticos. Contudo, quando os Tribunais Constitucionais ultrapassam os critérios jurídicos e passam a tomar decisões pautadas em critérios políticos, passam a configurar, pelo menos no plano prático também como um poder atuante de função política no sistema político. É o que acontece no sistema político brasileiro do presidencialismo de coalização, no qual o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel de árbitro entre as instituições políticas.

²⁶³ Cf. MORAIS, Carlos Blanco. Curso de direito constitucional... p. 33 e ss.

3.7.1 Sistemas de Governo típicos dos regimes democráticos.

Nos regimes democráticos verificamos a existência de três sistemas muito presentes, o sistema presidencialista, o sistema semipresidencialista, e o sistema parlamentarista ou parlamentar²⁶⁴.

De acordo com Carlos Blanco²⁶⁵, a classificação desses sistemas é fundada em seus aspectos essenciais de funcionamento e não em suas características secundárias, o que nesse caso leva a identificação de subcategorias que esses sistemas podem se dividir.

Outros autores a exemplo Sartori²⁶⁶ demonstra essa clara dicotomia entre o sistema parlamentarista e o sistema presidencialista, apresentando o sistema semipresidencialista como um sistema misto. Contudo é possível verificar também a existência de autores que defendem o sistema misto como semiparlamentarismo, porém, no presente autores, a exemplo de Jorge Miranda, já abandonaram o termo, utilizando semipresidencialismo²⁶⁷.

3.7.1.1 Sistema Parlamentarista

O sistema parlamentar tem atributos comuns que podem ser claramente identificados, primeiro a iniciativa política e a tomada de decisão têm como atores principais o Primeiro-Ministro liderando o Governo, e o Parlamento atuante por intermédio de seus Congressistas aliados aos partidos políticos.

A interação desses atores e a distribuição de poder entre eles permitem caracterizar os subtipos de sistemas parlamentares existentes. De fato, conforme afirma Carlos Blanco²⁶⁸, a eleição democrática do Parlamento, a fonte de investidura ou legitimação da responsabilidade política e da subsistência em funções do Governo, além do fato do Chefe do Estado não exercer poderes

²⁶⁴ É possível ainda encontrar o sistema diretorial, estabelecido na Suíça, Cfr. MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 232 e 233.

²⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 84

²⁶⁶ SARTORI, *IngeniariaConstituzionaleComparata*, Bologna, 1996. P. 97 e ss. *Apud* MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 227

²⁶⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional... p. 178 e 201.

²⁶⁸ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 228

independentes de direção e controle político com relevância sobre as demais instituições, marcam todos os sistemas parlamentares.

Para Loewenstein²⁶⁹, o equilíbrio entre Governo e Parlamento, devido ao poder de dissolução que ambos possuem, é um atributo essencial do sistema de governo parlamentar. Contudo para Sartori²⁷⁰ o Governo depende do Parlamento, que exerce sobre este um poder de maior peso, e deste modo não seria exatamente equilibrado. Não obstante, apesar de na prática encontrarmos sistemas que possuem essas características em matéria constitucional, os poderes de dissolução são recíprocos e via de regra proporcionais, em que pese possam haver alterações na funcionalidade prática de cada Governo.

Seja quando o poder do Governo de dissolver o Parlamento estar enfraquecido, ou ainda, nos casos em que o contrário acontece, o Parlamento dissolver o Governo, a estrutura dos partidos políticos em ação possui grande peso. Num sistema bipartidário a constância e disciplina interna dos partidos são maiores do que em sistemas pluripartidário.

Loewenstein afirma que a realidade política da dinâmica do poder oferece exemplos dos subtipos de sistemas parlamentares. Para ele a França conviveu durante a IV República com uma assembleia forte e um governo débil, situação que fez com que o país mudasse seu sistema político. Na Alemanha sobre a vigência da Lei Fundamental de Bonn, o Executivo era forte e havia uma assembleia fraca; noutro ponto a junção de uma maioria parlamentar em concordância com o gabinete caracteriza o sistema inglês²⁷¹.

Quatro são os atributos desenvolvidos para identificação dos subtipos²⁷²: a) Separação com interdependência de poderes, levando a coexistência entre os três órgãos soberanos que exercem função política: Chefe de Estado, o Parlamento e o Governo; b) O poder encontra-se distribuído por intermédio de

²⁶⁹LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. 2. ed. 4. reimp. Barcelona: Ariel, 1986, p. 10

²⁷⁰SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. 3. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 116-135.

²⁷¹ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución... p. 131-133.

²⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional... p.151 e ss, MIRANDA, Jorge, Ciência Política... p. 130, Lijphart, A. (1997a). Presidencialismo y democracia mayoritaria: observaciones teóricas. In J. J. Linz & A. Valenzuela (Eds.), *La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparadas* (R. de T. Troyano, Trad.) (pp. 147-166). Madrid: Alianza, Sartori, G. (1994a). *Comparative constitutional engineering. An inquiry into structures, incentives and outcomes*. Basingstoke, U.K.: Palgrave Macmillan.

uma relação fiduciária, de tal sorte, uma relação de confiança política entre Parlamento e Governo, pautada por controles recíprocos, mas dependentes, já que o Governo é formado pelo Parlamento, e por este é confirmado direta ou indiretamente num voto de investidura por sua maioria, e sua atividade é objeto de controle por diversos mecanismos e responde politicamente perante o Parlamento em sentido exclusivo, já que em caso de reprovação política do mesmo, este poderá vir a ser dissolvido²⁷³; c) Cabe destacar a existência de *uma Diarquia institucional e simbólica no poder Executivo* formada pelo Chefe de Estado e de Governo, no qual o Chefe de estado possui uma posição simbólica e certificatória, ou ainda de arbitragem, mas ambos assumem a direção do poder Executivo; d) Em se tratando de um monarca ou de Presidente da República este assume um papel de menor peso político como Chefe de Estado e na realização da triangulação política, sendo suas atribuições a representação da nação (funções honoríficas), promulgação obrigatórias de leis, posse de altas autoridades (funções certificatórias), indicação do chefe do governo, dissolução do Parlamento, mediação de conflitos (funções reguladoras ou arbitrais), e em certos casos controle ou exercício de poder partilhado com o Governo²⁷⁴.

3.7.1.2 Sistema Presidencialista

Podemos destacar como atributos essenciais dos sistemas presidencialistas a legitimação popular do Presidente da República por sufrágio universal, independência política e funcional em relação ao Parlamento, sem embargos de mecanismos de freios e contrapesos, e de forma que sua investidura e permanência no cargo não dependem da confiança do Parlamento, perante o qual não responde politicamente, mas também não tem o direito de dissolvê-

²⁷³NOVAIS, Jorge Reis. Semipresidencialismo – Volume I: Teoria do sistema de governo semipresidencial. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68:“(…)em sistema parlamentar, o Parlamento pode demitir o Governo, mas, em contra-partida, também o Governo pode dissolver o Parlamento. O equilíbrio entre os dois órgãos fica garantido. Pelo menos, e voltaremos a esse ponto, fica garantido no domínio da previsão constitucional, no momento em que se faz o desenho do relacionamento entre os diferentes órgãos (a chamada ‘engenharia constitucional’). A relação Parlamento/Governo seria, portanto, em sistema parlamentar e ao contrário do que muitas vezes se pensa, uma relação equilibrada, apesar de o Executivo depender da confiança política do Parlamento; é que a possibilidade de condicionamento da actuação do Executivo que, assim, está colocado à disposição do Parlamento, é fortemente atenuada ou contrabalançada através da recíproca possibilidade/ameaça de dissolução que o Executivo pode fazer impender sobre o Parlamento”.

²⁷⁴ SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada... p. 116-135.

lo²⁷⁵. É uma chefia direta do poder Executivo, sendo tanto Chefe de Governo como Chefe de Estado.²⁷⁶

Tem como fundamento a separação de poderes teorizada em *O espírito das leis*, de Montesquieu, e se encontra mais presente com seu modelo originário de presidencialismo no sistema norte-americano²⁷⁷, no qual o presidente exerce as funções políticas e executivas e o parlamento as funções políticas e legislativas.

Três são as razões que contribuíram para o estabelecimento dos atributos do presidencialismo norte americano. Em primeiro, o extravagante sistema de eleição presidencial, que reduz a demagogia, ao passo que escalona as decisões.

Em segundo, a denominada por Ferreira²⁷⁸, de “cortesias senatorial”, que impede o presidente de se tornar um déspota, pois depende o presidente dos senadores para aprovação de medidas legislativas, que não o impede de propor, mas o contém. Isso se dá na medida em que os senadores não necessitam de apoio do presidente para sua reeleição, pois seu eleitorado é local, logo podem se opor aos presidentes.

E por último, o presidente está sujeito à suprema corte e não existe ambiente para oposição, devido à separação de poderes.

Nesse sentido é possível determinar três parâmetros existentes nas constituições presidencialistas: a) a independência e harmonia entre os poderes: existência de limites claros sobre atuação de cada poder que não deve interferir no outro, a não ser que seja justamente para realizar a ideia-fim de impedir abusos, ou de propiciar a real harmonia no relacionamento entre eles; b) a indelegabilidade: apesar de bastante relativizada atualmente, no sistema tradicional impõe impossibilidade de abdicação da competência

²⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Semipresidencialismo – Volume I: Teoria do sistema de governo semipresidencial. Coimbra: Almedina, 2007, p. 64-65.

²⁷⁶ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político.... p. 230

²⁷⁷ “A república norte-americana é o caso mais típico de autêntica poliarquia⁴⁸ no mundo: a consciência nacional antecipando a existência dos órgãos do Estado”. Sobre o conceito de Poliarquia ver: DAHL, Robert. A Poliarquia: participação e oposição. 1. ed. 1. reimp., São Paulo: Edusp, 2005.

²⁷⁸ FERREIRA, V.S. A. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica: Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro, 1ª edição: Editora Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502631625/>. Acessado em: 30 jul. 2020.

constitucionalmente atribuída que é objeto de delegação e estabelecimento de limites claros para a atuação do poder delegado; c) a inacumulabilidade: parâmetro que veda a possibilidade de o membro de um poder exercer funções de outro poder, parlamentares norte-americanos estão impossibilitados de exercerem cargos no Poder Executivo.

Por óbvio que existem variantes deste sistema, em que pese o sistema norte-americano obedecer de forma mais próxima esses critérios, o “Presidencialismo de Coalizão Brasileiro” distancia-se em muito desses parâmetros.

Ademais, no sistema norte-americano, dois fatores são importantes para limitação do poder, primeiro a estrutura bipartidária, que deixa claro as ideologias de cada partido sobre as questões políticas, econômicas e sociais controvertidas, e em segundo as *mid-term elections*²⁷⁹, que possibilitam uma possível convergência entre o Executivo e a Maioria Parlamentar, ou do mesmo modo o seu inverso.

No sistema brasileiro, essa situação não acontece, já que as eleições do executivo federal e o legislativo federal ocorrem em momento simultâneo, assim a separação de poderes no Brasil é mais atenuada. O Chefe do Executivo tem poderes reforçados, primeiro pela edição de medidas provisórias²⁸⁰, ou ainda na negociação de emendas parlamentares para formação de maioria no Congresso.

Ainda deve destacar que quando o presidente brasileiro encontra-se sem apoio da maioria parlamentar, podem surgir situações altamente conflitantes, que podem levar ao seu impedimento pelo Parlamento através do processo de *impeachment*, nos casos que pratique crime de responsabilidade²⁸¹, em que pese ser esse processo eminentemente político e não jurídico²⁸², que pode ser utilizado por um Congresso fraco.

²⁷⁹ Eleições do meio do mandato. Tradução Livre.

²⁸⁰ Cf. item 4.2 do trabalho

²⁸¹ Conforme já ocorreu em 1992 com o presidente Fernando Collor de Melo e a Presidente Dilma Rousseff, em 2015.

²⁸² O presidente Fernando Collor de Melo, foi inocentado pelo STF em relação aos crimes de responsabilidade veja a ementa:EMENTA: DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ALEGAÇÕES PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE. 1. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo,

Nesse sentido, Reis Novais argumenta que por tais razões, e em especial na América Latina, o funcionamento do sistema presidencial corre frequentemente o risco de degenerar, ou pelos conflitos bloqueadores do funcionamento do sistema, ou pela tendência de serem resolvidos para concentração de poderes no Presidente, ou em último caso golpes antidemocráticos ou prática de ilícitos (corrupção) para conquistar a maioria parlamentar ou domesticar as oposições²⁸³.

3.7.1.3 Sistema Semipresidencialista

O sistema semipresidencialismo envolve a existência de um sistema híbrido ou misto²⁸⁴, este sistema combina três elementos: a) o presidente da república é eleito por sufrágio universal; b) o presidente possui poderes bastante consideráveis; c) ele possui oposição, entretanto, um primeiro ministro e seus ministros que possuem poder executivo e governamental só podem permanecer no cargo se o parlamento não mostrar sua oposição a eles²⁸⁵.

Carlos Blanco destaca que o Governo liderado por um Primeiro-Ministro é duplamente responsável, no plano institucional ou político, em relação ao Parlamento e também ao Presidente eleito por sufrágio universal que dispõe da faculdade de exercer poderes com alguma relevância em nível de controle ou

assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. 2. O procedimento especial previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal não é de ser aplicado ao funcionário público que deixou de exercer a função na qual estava investido. Precedentes. 3. Não há cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências requeridas pela defesa, mormente se foram elas consideradas descabidas pelo órgão julgador a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência da prova. Precedentes. 4. Preliminares rejeitadas. 5. Os depoimentos e laudos acostados aos autos não apresentam elementos de convicção suficientes para a formação de juízo de certeza sobre a responsabilização criminal do Réu pelos crimes de peculato, corrupção passiva e falsidade ideológica. Falta nos autos prova irrefutável a demonstrar a materialidade e autoria dos crimes a ele imputados. 6. A delação de corréu e o depoimento de informante não podem servir como elemento decisivo para a condenação, notadamente porque não lhes são exigidos o compromisso legal de falar a verdade. 7. Ação penal julgada improcedente. (AP 465, Relator(a): CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

²⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. Semipresidencialismo... p. 85

²⁸⁴ SARTORI, Ingeniaria Costituzionale Comparata, Bologna, 1996. p. 146 e ss. Apud MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político.... p. 227 e SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional; trad. de. Sergio Barth. – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1996.

²⁸⁵ DUVERGER, M. (1980). A new political system model: semi-presidential government. European Journal of Political Research, 8, 165-187.

até de direção interinstitucional, sublinhando nestes a competência livre ou autônoma para dissolver o parlamento.

Nota-se que o sistema semipresidencialista possui características do Parlamentarismo e do Presidencialismo, que podem apresentar subcategorias, ora pendendo para lado presidencialista, a exemplo da França, ora pendendo para o lado parlamentarista, a exemplo da Áustria, ou ainda em variantes pendulares, a exemplo de Portugal²⁸⁶.

Do debate sobre o semipresidencialismo surgiram definições alternativas que acrescentam, retiram ou modificam determinados aspetos da proposta de Duverger²⁸⁷. Certo é que em todos os conceitos apresentados há apenas duas características comuns: a eleição do Presidente por voto popular e a existência de um Primeiro-Ministro e de um Governo dependentes do parlamento.

3.8 Regimes políticos democráticos

A implementação dos regimes democráticos tem se tornado um norte, recentemente com a queda do muro de Berlim e a desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, como um marco que direcionou os debates em torno da democracia. Mas as experiências democráticas datam de mais de 2600 anos atrás, na Grécia antiga no contexto ateniense de poder conferido diretamente à assembleia de cidadãos denominada Eclésia²⁸⁸.

Após um longo tempo de hibernação durante o Império Romano, Idade Média e Idade Moderna, a democracia veio a ressurgir nos cantões suíços e no Reino Unido após o trunfo da revolução liberal no Século XVII.

²⁸⁶MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político.... p. 232

²⁸⁷ Conforme tratado por FRANCO, Vasco Seixas Duarte. SEMIPRESIDENCIALISMO EM PORTUGAL: PODERES PRESIDENCIAIS E INTERAÇÃO COM O GOVERNO (1982-2016), 2017, 632, f. tese (Doutorado em Direito) – Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017: “i) aligeirando o conceito para eliminar características suscetíveis de interpretações ambíguas (Elgie, 1999, p. 13); ii) densificando-o no sentido de evitar que se confunda com outros sistemas de governo (Sartori, 1994a, pp. 131-132); iii) tornando-o mais maleável, isolando elementos que podem estar presentes ou não (Linz, 1997, p. 101); iv) delimitando expressamente quais os poderes presidenciais determinantes (Pasquino, 1997, p. 130); v) confinando o âmbito de aplicação aos regimes de democracia representativa (Novais, 2007, pp. 141 e 149).

²⁸⁸ Maior arena de deliberação

Diversos foram os avanços e retrocessos que ocorreram de lá para cá, que partiram de sufrágios censitários e capacitários restringidos por razão de sexo, rendimento ou de letramento até o sufrágio universal, buscando a melhor expressão da vontade popular na escolha de seus governantes.

Com mudanças cada vez mais latentes na sociedade atual, com o surgimento de novas demandas, que devem ser recepcionadas pelo sistema democrático vigente, por vezes se transformando em pautas políticas, é possível conceber como Dahl²⁸⁹ que Democracia significa coisas diferentes para pessoas diferentes em épocas diferentes²⁹⁰. Para ele as democracias clássicas e oitocentistas são a ideia-força que a par das variantes históricas levaram ao aperfeiçoamento do modelo atual de poder²⁹¹.

Carlos Blanco afirma que a democracia representativa constitui a coluna vertebral da estrutura de um Estado material de direito e o critério jurídico-processual de legitimação de poder dos governantes²⁹², e, portanto expressões como democracia participativa e deliberativa seriam acessórios qualitativos para permitir que os governados possam participar e estimular a discussão política nas decisões do poder.

Portanto, democracia como regime político pressupõe que a legitimidade do modelo de estruturação do Estado e do exercício do poder político esteja sustentada pela vontade popular, plural e soberana, por intermédio de uma maioria, na qual exista uma identidade entre governados e governantes expressa na eleição dos seus representantes, e pautadas em casos excepcionais em referendos e plebiscitos²⁹³, já que a democracia é o governo do povo pelo povo, os quais governam a si próprios por mandados²⁹⁴.

Jean Jacques Rousseau, retomando a experiência clássica, projetou um modelo democrático “ideal” por intermédio de uma democracia direta, na qual estariam

²⁸⁹ O regime soviético falava em democracia proletária, para contrapor a democracia burguesa do ocidente, o estado Novo em Portugal denominava democracia orgânica, recentes discussões mencionam conceitos de democracia deliberativa e comunicativa.

²⁹⁰ DAHL, Robert. Sobre a Democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. p. 11

²⁹¹ DAHL, Robert. Sobre a Democracia... p. 118

²⁹² MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 68

²⁹³ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 406 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional.... p. 68

²⁹⁴ CARL SCHMITT, Teoria de la constitucion, madrid 1982 p. 222 e ss. Apud MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 68.

presentes todos os cidadãos, não sendo delegável a vontade soberana, de maneira que cada um pudesse expressar igualitariamente suas vontades sem intermediários.

Entretanto ao analisarmos a proposta do genebrino, nós nos deparamos com algumas objeções, quais sejam: a) Seria impraticável a democracia direta em médios e grandes Estados, dada a impossibilidade de reunião de milhares ou milhões de cidadãos numa assembleia que deliberasse constantemente, de modo que somente poderia ser exercida em pequenas comunidades; b) A experiência demonstra que a participação efetiva dos cidadãos nas assembleias é reduzida, e quanto maior o número de cidadãos mais afastamento de seus membros ocorre, o que depreciaria o alcance universal da vontade popular; c) Mesmo que estes comparecessem nas assembleias, quanto maior o número de cidadãos, menor seria a possibilidade de intervenção, devido aos critérios de tempo disponível para o funcionamento da assembleia, o que eventualmente facilitaria um grupo organizado de manipular as deliberações ali tomadas; d) Alguns assuntos que exigissem conhecimento técnico ou apresentassem complexidade afastariam da discussão grande parte dos cidadãos, devido sua inaptidão de pronunciamento sobre tais assuntos.

Critica-se também um governo que pautar por referendos permanentes, já que os custos financeiros seriam deveras insustentáveis, além da já citada abstenção na participação dos cidadãos, bem como na sua inaptidão técnica, em especial, nas matérias que envolvem sensibilidade técnica, como aprovação de códigos procedimentais (Código de Processo Penal e Processo Civil), relacionados à área financeira, como aumento ou dedução de impostos e aprovação de contas públicas.

O plebiscito como ferramenta é um modo do cidadão dar o aval ou não a uma decisão formulada por um problema a ele apresentado, visto que com o avanço tecnológico tais procedimentos podem ganhar força e viabilidade, o que não dispensa ou descarta a existência de representantes que asseguram o funcionamento do Estado.

O princípio democrático ganhou força institucional por intermédio da democracia representativa, que conseguiu dar dinâmica política como modo de legitimação

e estruturação de um poder de autoridade de exercício contínuo no Estado de direito constitucional.

Mesmo os que eram adeptos aos ideais de Rousseau, como Sièyes²⁹⁵, após reflexões verificaram a impossibilidade da democracia direta em países com grandes extensões territoriais, assim como a adoção de um mandato imperativo conferido aos governantes, dada a ausência de condições para a sua revogação a todo tempo pelos cidadãos.

Assim o mandato representativo traria a consciência aos governantes que eles estão com um poder que não é originariamente deles e que o exercem em nome de toda a coletividade. Nesse diapasão, outros pensadores, como Stuart Mill, também teorizou sobre as vantagens da democracia representativa nos sistemas anglo-saxônicos, partindo das vantagens utilitárias dessa forma de governo, pois permite por longo período de tempo e em grandes extensões territoriais que o Governo representativo seja exequível.

O elemento constitutivo da democracia é assim a representação, que concebe uma lógica processual de ordem jurídica e política designada a permitir a escolher governantes por intermédio de eleições livres e pluralistas pelos governados, que aceitam as decisões tomadas pelos seus mandatários. É o poder do povo aprovado e escolhido pelo povo que decide quem serão os seus decisores²⁹⁶, e que possui uma legitimação do poder por tais medidas exercidas em mandatos temporários, diretos ou indiretos, conferidos livremente pelos cidadãos através de um ato eleitoral que é anterior a designação dos primeiros, respeitando o critério majoritário, no qual os mais devem governar os menos²⁹⁷.

É por intermédio da representação que o princípio democrático atua no Estado, pois se integra por um método (representação democrática), um processo (tradução dos resultados eleitorais em mandatos) e um critério de decisão (o

²⁹⁵Emmanuel Sièyes, "Quest-ce que la Tiers Etat"-Paris 1982 *Apud* MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 70.

²⁹⁶SARTORI, Giovanni. Teoria de la Democracia. Madrid. 1988. p. 179.

²⁹⁷Livio Paladin "Diritto Costituzionale" – Padova, 1991 *Apud* MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 71.

critério majoritário)²⁹⁸, que tem por escopo assegurar as instituições políticas de um Estado declarar uma vontade coletiva e unitária.

O Estado Democrático representativo, regulado constitucionalmente, legitima o poder, na medida em que permite que o princípio democrático atue em razão da eleição de mandatários do povo que ocupem cargos políticos nos órgãos de poder²⁹⁹.

Deste modo é necessário analisar alguns pressupostos que constituem um regime político democrático. *Um regime democrático-representativo, como modelo institucional competitivo³⁰⁰, pressupõe o livre consentimento dos governados na designação dos governantes o qual se deve processar através de eleições realizadas em liberdade, com caráter regular, periódico, com alternativa plural de opções e no respeito do princípio da igualdade na expressão do sufrágio³⁰¹.*

Sobre os procedimentos para realização do processo eleitoral é necessário destacar que alguns pressupostos devem estar presentes, dentre eles a realização de *eleições livres*, a qual só poderá ser livre quando exercida com a garantia da autonomia privada e dos direitos fundamentais dos cidadãos, assegurando que estes possam escolher, sem constrangimento, seus representantes dentre várias opções disponíveis³⁰².

Eleições regulares - a realização do sufrágio eleitoral por exercício do voto direito e secreto dos eleitores no rigoroso respeito por um processo jurídico pré-estabelecido, transparente, equitativo e controlado de forma independente³⁰³, ancorado nas regras constitucionais e na legislação eleitoral vigente.

Eleições periódicas - é necessário que as eleições ocorram em períodos pré-determinados, pois a democracia veta a possibilidade de cargos vitalícios em

²⁹⁸MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 71.

²⁹⁹ Sobre as figuras jurídicas da representação conferir: MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 71 e ss.

³⁰⁰ Em relação a democracia competitiva, e os fundamentos da democracia representativa como regime político Cf. SCHUMPTER, J. A. Capitalism, Socialism and Democracy, New York, 1942. DHAL, Democracia..., Giovanni Sartori "Teoria de la Democracia Madrid 1988.

³⁰¹MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 76.

³⁰² A democracia é inexistente se restringir a atividade partidária a partidos esterilizados ou colaboradores com o partido único.

³⁰³MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 80

órgãos sujeitos à escolha do eleitorado, bem como é importante que numa democracia representativa os cidadãos possam responsabilizar seus governantes pela má-gestão, substituindo estes por um projeto alternativo, ou uma oposição.

O pluralismo competitivo numa eleição também implica que haja *Eleições como equivalência de opções*, tendo em vista a possibilidade de os votantes escolherem entre diversas candidaturas organizadas em listas ou partidos, o que mitiga o risco do surgimento de partidos únicos.

Por fim no contexto atual, o princípio da igualdade, no qual vale a máxima “um homem um voto”, impõe um valor democrático que os *sufrágios sejam universais e igualitários*, removendo barreiras eleitorais que impediam analfabetos, mulheres e cidadãos de condição econômica inferior de participarem do processo eleitoral. A democracia, portanto, gira em torno da ideia de preferência majoritária no exercício do poder, devendo a maioria impor-se e governar perante a minoria. O Princípio Democrático ou princípio da maioria manifesta-se tanto na conversão de votos em mandatos quanto no processo de tomada de decisões pelos titulares do poder democraticamente eleitos nos órgãos do Estado³⁰⁴.

Conforme já exemplificado, resta claro que, todos os autores citados no segundo capítulo contribuíram para a formação dos fundamentos teóricos das democracias modernas de algum modo. Neste sentido, verifica-se a existência de uma pluralidade de modelos de democracia, mas a diferença fundamental se dá por premissas básicas da democracia, quais sejam, governo pelo povo, ou no caso da democracia representativa, governo pelos representantes do povo. Citando Abraham Lincoln, segundo o qual a democracia significa governo não apenas pelo povo, mas também para o povo, de tal sorte, governo de acordo com a preferência popular³⁰⁵.

Lijphart investiga e tenta esclarecer a distinção entre o modelo majoritário e o consensual. Para Lijphart, o cerne reside em quem governará e quais os

³⁰⁴MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 89

³⁰⁵ LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Pag. 17.

interesses que devem ser atendidos pelo governo quando houver desacordo entre o povo e divergências de preferências, não só entre governante e governado, mas também entre governantes e governantes, e governados e governados.

Para o modelo majoritário, a resposta é encontrada no prevalecimento da maioria do povo, assim expressando natureza do modelo majoritário. Noutro lado, em relação ao modelo consensual a resposta seria correspondente ao fato de prevalecer a vontade do maior número de pessoas, o que guarda semelhança com o sistema majoritário. Entretanto considera que essa exigência da maioria é um aspecto mínimo e sua busca se dá na esfera de não se contentar com a mínima minoria, mas sim ampliar a mesma.

A democracia consensual pode ser considerada mais democrática do que a majoritária em muitos aspectos³⁰⁶. Lijphart acredita que a democracia consensual resulta em melhores êxitos de qualidade democrática.

Para ele o modelo majoritário concentra o poder político nas mãos de uma pequena maioria, e muitas vezes, mesmo, de uma maioria simples (*plurality*), em vez de uma maioria absoluta, ao passo que o modelo consensual tenta compartilhar, dispersar e limitar o poder de várias maneiras³⁰⁷.

Outra diferença relacionada a esta última, o modelo majoritário de democracia é exclusivo, competitivo e combativo, enquanto o modelo consensual se caracteriza pela abrangência, a negociação e a concessão.

Mas qual seria o melhor para uma democracia de maior qualidade? Muitos se debruçaram sobre o assunto e ainda não existe consenso sobre a melhor resposta, haja vista que ambos os modelos têm suas vantagens e desvantagens, tanto no aspecto de representatividade ou no exercício da *accountability*³⁰⁸.

³⁰⁶ LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia...p. 22.

³⁰⁷ LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia... p. 18.

³⁰⁸ Não existe uma palavra em português que traduza o significado completo de *accountability*, mas com a junção de uma dezena de termos podemos extrair seu melhor significado, como por exemplo: controle, fiscalização, responsabilização, prestação de contas, compromisso, proatividade e transparência. Esses e todos os outros termos querem mostrar que *accountability* - seja na esfera pública, privada ou pessoal - é uma cultura na qual um sujeito ou instituição exerça responsabilidade sobre aquilo que faz e nos processos nos quais se encontra inserido.

Assim, um país por adotar um ou outro modelo não necessariamente terá uma democracia de melhor ou pior qualidade, a simples opção por um modelo não servirá como solução definitiva dos problemas. Antes e mais importante é considerar outros fatores internos da realidade de cada Estado e como eles influenciam ou não a qualidade da democracia ali instalada.

Fatores internos como a existência de uma cultura cívica ou o desenvolvimento econômico influencia a qualidade da democracia, portanto, tais fatores são fortes o suficiente para sobrepor as virtudes de um modelo institucional de tal modo que a cultura de um país ou seu nível de desenvolvimento traz maior influência à democracia do que modelos institucionais³⁰⁹.

3.9 Erosão da democracia representativa

O ideário de que a democracia é um processo eletivo de representantes, na linha de Schumpeter³¹⁰ é somente uma pequena dimensão do princípio democrático, que corresponde também a valores políticos que legitimam a titularidade e o exercício do poder estatal.

O consentimento que é dado pelo povo para o exercício do poder não seria em relação apenas à escolha eleitoral dos governantes, que representa sua dimensão principal, mas também alguns outros aspectos, a citar: o exercício do poder constituinte do Estado fundado na soberania popular; a responsabilidade dos governantes perante os governados; a proteção das minorias; a faculdade dos governados proporem por processos formais e informais propostas para alteração de legislações e preferências legislativas, dentre outros.

A crítica ao sistema democrático representativo possui várias razões, em especial, a de que as decisões políticas e legislativas não possuem a capacidade de integrar a multifaceta da sociedade existente e os diversos grupos sociais, além de por vezes, serem subvertidas por interesses econômicos e financeiros.

³⁰⁹ Para uma análise aprofundada Cf. LIJPHART, Arend. Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

³¹⁰ SCHUMPTER, J. A. Capitalism, Socialism and Democracy, New York, 1942.

Carlos Blanco³¹¹ elenca alguns fatores que trazem a ideia do necessário reforço da qualidade democrática: a) Reduccionismo Eleitoral, sendo o povo escravo entre as eleições³¹²; b) Clausura no processo de decisão, o monopólio por uma elite política e econômica que determina o resultado político e legislativo dentro do Estado; c) Captura do poder político pelo poder econômico, em especial pelas trocas que envolvem o financiamento de campanhas eleitorais, que acabam por fomentar situações irregulares entre o público e o privado; d) Deslocação da soberania popular do Estado para estruturas econômicas e financeiras transnacionais, a exemplo da ONU, FMI e União Europeia; e) Sobre-Representação midiática dos grupos minoritários poderosos³¹³; f) Engessamento da representação, com cláusulas de barreiras muito elevadas, e com a dificuldade do cidadão adentrar no pleito eleitoral; g) Partidocracia e representação, a apresentação de programas partidários difusos que possuem características genéricas e a realização de coligações com partidos de ideários diferentes para promover maioria parlamentar; h) Afastamento das elites e eleitores do processo representativo, devido também a programas aproximados e inespecíficos, vertendo para uma mera competição para a gestão da coisa pública, numa democracia sem escolhas, além da descrença dos eleitores pelos crescentes casos de corrupção³¹⁴; i) Substituição do povo pela sociedade civil, fazendo com que a democracia pautada na prevalência da maioria sobre as minorias sofra uma inversão e passe a operar como a supremacia das minorias sobre as majorias; j) Representação meramente formal, já que os partidos não conseguem representar os interesses reais de seus eleitores e tampouco se preocupam, afastando-se das promessas realizadas ao longo do pleito eleitoral.

Quais seriam então as possíveis soluções para as questões acima apresentadas?

³¹¹ MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p. 93 e ss.

³¹² Nas palavras de Rousseau, conferir item 2.2.6. do trabalho

³¹³ Podemos citar principalmente aos relacionados às questões referentes à vida individual e familiar, como interrupção voluntária da gravidez, cotas sociais e raciais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, discurso de ódio, que foram encampadas pela extrema-esquerda e outras minorias na comunicação social.

³¹⁴ No Brasil os casos “Mensalão e Lava-jato”, em Portugal os casos “Face Oculta e Marquês”, na Itália os casos “Mãos Limpas e Tangentopoli”, além de diversos outros casos espalhados por estados ocidentais.

3.10 Possíveis soluções à erosão democrática: democracia participativa, consociativa, deliberativa e semidireta.

De acordo com Carlos Blanco³¹⁵, existem possíveis soluções que podem levar a revitalização da representação democrática, devido a potenciar vários ângulos do princípio democrático, que não se encontram presentes no regime representativo de vinco competitivo que passamos a expor.

3.10.1 Democracia participativa

A democracia participativa tem em consideração a maior integração dos cidadãos no processo decisório, retirando estes de um estado de inércia durante os sufrágios, fazendo com que os representantes no poder devessem consultar a opinião dos representados antes de deliberarem e produzirem atos normativos em diversos assuntos políticos, em especial naqueles que estejam em causa os direitos ou interesses protegidos dos representados.

Essa participação mais ativa teria um efeito educativo e consequentemente desenvolveria um “espírito” nos cidadãos, propiciando uma integração destes aos titulares do poder, a exemplo dos orçamentos participativos e da fiscalidade participativa³¹⁶.

A democracia participativa também se exteriorizou no campo jurídico, primeiramente na qualidade das leis, pois com a participação ativa de diversos setores, por intermédio da oitiva de empresas privadas, associações, especialistas em domínios nos quais a legislação irá influenciar, é possível aperfeiçoar o conteúdo das normas jurídicas, evitando potenciais problemas como contestações pela sociedade civil à lei, e consequentemente atingindo o fim pretendido pelo legislador.

No âmbito administrativo e governativo, com introdução de mecanismos tecnológicos, e a implantação de procedimentos simplificados e com maior informação da atuação do governo, o “e-governo” busca criar um novo paradigma na gestão pública, disponibilizando conteúdos gratuitos e a abertura

³¹⁵MORAIS, Carlos Blanco. O Sistema Político... p.113 e ss.

³¹⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a Democracia, 2ª Ed. Lisboa, 2002, p. 62 e ss.

a participação dos cidadãos na formulação de propostas e a colaboração de grupos ativos de cidadania com o Governo³¹⁷.

3.10.2 Democracia consociativa

A democracia consociativa³¹⁸, segundo Carlos Blanco³¹⁹, envolve pelo menos no plano teórico o esgotamento parcial da democracia representativa e participativa em face das demandas de uma sociedade pluralista, impaciente, exigente e em alguns casos “indomável”.

Isso decorreria de uma visão que o critério maioritário de decisão nas democracias representativas não conseguiria integrar toda a diversidade existente, em especial, a político-social e das minorias, sendo que o modelo da concertação social estaria esgotado, devido a “oligopolização” de um consenso viciado entre o Estado e elites político partidárias e de grandes empresas e associações.

Nesse modelo existe uma busca mitológica pela decisão por consenso, sempre devendo o poder estatal, por intermédio de uma negociação constante com os diversos grupos de interesses existentes no Estado, agir de forma integradora com o contributo do maior número de agentes político-sociais, e nunca tendo nenhum partido atendido por inteiro seus interesses numa dada decisão.

Tal fato decorre da *concertação social* que se firmou na Europa do pós-guerra³²⁰, em especial na Alemanha, com a institucionalização de estruturas públicas dos principais interesses associativos, designado de “parceiros sociais” do Estado, para permitir que a sociedade civil entregue à sociedade política os seus

³¹⁷ Durante a presidência do Governo de Barack Obama, foi implementada uma plataforma eletrônica de *crowdsourcing* com participação de grandes grupos de cidadãos ou comunidades *web*, tendo a administração norte-americana disponibilizado mais de 220 milhões de dólares para projetos com interesses para a mesma Administração concebidos e propostos pelos cidadãos. CRIADO, Ignacio. Las administraciones Públicas en la Era de Gobierno Aberto: gobernación inteligente para um cambio de paradigma em la gestión pública, in REP-173-jul/set, 2016 p. 261 e ss.

³¹⁸ LIJPHART, Arend. Patterns of majoritarianism and consensus Government in Twentú one countries, New Heaven, 1984.

³¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p. 118.

³²⁰ MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p.115.

entendimentos sobre quais devem ser as políticas públicas que devem ser implementadas por um processo juridicamente regulado³²¹.

Deste modo, não pretende que se esgote a participação do cidadão apenas durante o sufrágio eleitoral, mas para além, envolvendo além da dimensão “macro-representativa”, uma dimensão “micro-representativa”, que envolve procedimentos que integram as estruturas pluralistas da sociedade civil no processo de decisão, com foco nas questões sociais, operacionalizada numa cooperação consensual horizontalizada.

3.10.3 Democracia deliberativa

Na democracia deliberativa, as autoridades representativas, na utilização de um espaço público, colocariam em pauta matérias que seriam submetidas à comunicação e discussão por intermédio de um processo dialógico, com processos e regras formais e informais.

A ideia de deliberação traz um modelo de intervenções alargadas no processo decisório para além do decisor legal ou constitucionalmente competente, de modo que pudesse despertar uma “chama” de uma cidadania crítica, responsável e vigilante, vindo a decisão final ser fruto do debate, o que acabaria por incluir as minorias marginalizadas, pois esta seria uma grande preocupação deste modelo.

A teoria deliberativa tem como principal teórico Habermas³²² que trouxe a ideia da deliberação aos nossos tempos, baseada na sua teoria do agir comunicativo, mas não só, outros teóricos como Joshua Cohen³²³ e James Bohman³²⁴ contribuirão em grande medida para o avanço nas discussões. Deste modo, Carlos Blanco³²⁵ afirma que haveria um entendimento “consensual” de ordem

³²¹ A concertação social ultrapassa a mera consulta ou diretrizes desejadas pelos “parceiros sociais”, vinculando as decisões dos Governos sobre os assuntos tratados e deliberados, com grande relevo para as áreas laborais e social.

³²²HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³²³COHEN, Joshua. SABEL, Charles. Directly-DeliberativePoyarchy. European Law Journal, 3:313-342, 1997.

³²⁴BOHMAN, James. Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy. Cambridge. MIT Press, 2000.

³²⁵MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p.121.

moral no sentido de que o procedimento decisório deveria propiciar que a conduta hegemônica, unilateralista e fechada, em que movem os governantes eleitos com base no princípio majoritário, possa ser alterada através de um retroalimentação informativa e formativa, gerada pelos debates e das opiniões dos cidadãos no espaço público ou *esferas públicas*³²⁶, controlando de algum modo o exercício do poder político.

Para além de uma simples reformulação e atualização das velhas teorias da participação³²⁷, a teoria deliberativa avança, pois teria de se manifestar dentro e fora do regime político, e além dos canais jurídicos entre legislador e sociedade civil, abriria também canais com o poder judiciário, que apesar de alguns avanços como realização de audiências públicas, a comunicação ainda é restrita. No Brasil os ministros do STF não dialogam nem estabelecem entre si um processo material de debate colegial na tomada de decisões.

3.10.4 Nota sobre Internet e democracia

Conforme delineado no segundo capítulo, Jean Bodin, elucidando de forma metafórica, apresenta o conceito de soberania como um navio que é mais que a própria madeira, sem forma de vaso, quando a quilha, que sustenta os bordos, a proa, a popa e o convés, é retirada, assim também é a República sem o poder

³²⁶ A esfera pública constitui uma “caixa de ressonância”, dotada de um sistema de sensores sensíveis ao âmbito de toda sociedade, e tem a função de filtrar e sintetizar temas, argumentos e contribuições, e transportá-los para o nível dos processos institucionalizados de resolução e decisão, de introduzir no sistema político os conflitos existentes na sociedade civil, a fim de exercer influência e direcionar os processos de regulação e circulação do poder do sistema político, através de uma abertura estrutural, sensível e porosa, ancorada no mundo da vida”. LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion*, Belo Horizonte, vol. 51, n. 121, p. 227-258, jun./2010. Acessado em 24/01/2020.

³²⁷VITA, Álvaro de. Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas? In COELHO, Vera Schattan P. *Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo. 2004. P. 107 e ss. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=m06_7b9bhJoC&oi=fnd&pg=PA107&dq=democracia+deliberativa+ou+igualdade+d+e+oportunidades&ots=9rfYJES4md&sig=TU7cbWTjF_bXUJDvfEym899JWVA#v=onepage&q=d+emocracia%20deliberativa%20ou%20igualdade%20de%20oportunidades&f=false. acessado em 26 ago. 2020.

soberano, que une todos os membros e partes desta e todos os lares e colégios num corpo, quando retirado o poder não é mais República.³²⁸

De tal modo, verificamos que o poder quando soberano sustenta sozinho todos os elementos da sociedade, ou seja, não é Deus, a natureza, igreja, império e sim única e exclusivamente a Soberania suporte da sociedade. É a força atuante da máquina social e agente único e necessário da vida pública³²⁹. A soberania espraia suas forças e controla todas as relações jurídicas e sociais, em todos os seus detalhes, formando uma unicidade. Hobbes deduz na figura do Leviatã, quando o pacto social determina os deveres do soberano de intervir nas relações econômicas e na educação dos súditos³³⁰. Alexis de Tocqueville³³¹ descreve com a sua experiência empírica, o governo francês pré-revolução.

Desses escritos é possível verificar que para controlar tudo e todos, já que a soberania é a força estruturante da sociedade, é preciso que o poder soberano seja ilimitado, assim como Bodin já concebia, livre de responsabilidade, nem determinado por um tempo, mas superior.³³²

A visão de soberania construída nos séculos XVI e XVII permaneceu no século XIX e ainda no começo do século XX, ou seja, a expressão de que um soberano seja ele indivíduo, uma pessoa individualizada, uma pessoa coletiva ou uma regra fundamental, que comanda ou manda com exclusividade e outra figura que obedece se mantém intacta, noutras palavras, o soberano tudo determina sem por nada ser determinado.

Mas com o surgimento da sociedade em rede³³³ no século XX e sua expansão exponencial no século XXI, este conceito clássico entra em declínio. A internet

³²⁸BODIN, Jean. *Lessix livres de laRépublique*. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairiegénéralefrançaise, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, n° 4619. Classiques de laphilosophie.

³²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis C. H. H. *O Antigo Regime e a Revolução*, p. 76-77. Apud. CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur: a soberania na sociedade em rede*. Notandum 46. Porto. Jan-abr-2018, p. 99

³³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*... p. 61 e ss.

³³¹ TOCQUEVILLE, Alexis C. H. H. *O Antigo Regime e a Revolução*, p. 76-77. Apud. CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur*... p. 100.

³³² BODIN, Jean. *Os seis livros da república*. Liv. I, Cap. VIII Apud. CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur*... p. 99.

³³³ Por sociedade em rede ou “ciberespaço”, fazemos menção ao desenvolvimento da internet como meio de comunicação. Nesse sentido, Marshall McLuhan faz referência que as transformações nos meios de comunicação, impactam e geram mudanças na organização social.

como concebida hoje é a evolução dos meios de comunicação através da tecnologia, uma verdadeira revolução da informação.

Manuel Castells assevera que hoje existe um inter-relacionamento entre criadores e usuários, o que não acontecia na época da teoria clássica da soberania, isto porque havia clara distinção entre os detentores da “tecnologia”, em outras palavras, os criadores que pertenciam a burguesia, ou as classes dominantes, e os usuários restante da população que somente desfrutavam dessa “tecnologia”³³⁴.

É no limiar do século XXI, que essas figuras começam a se confundir, usuário e criador, cada novo ponto de acesso, cada participação nas redes, e sua expansão constante admite um novo propagador de informações e se amplia a cada novo usuário.

A internet no modelo atual tem seu início no pós-guerra (1969), operado pelo Departamento de Defesa Norte-Americano, chamava-se ARPANET, e tinha como objetivo a interligação em rede de computadores utilizados em centros de investigação para fins militares como estratégia para guerra fria. O intuito era criar um sistema de comunicação que pudesse sobreviver a ataques nucleares, além de preservar a informação para que esta não fosse acessada pelos inimigos. Foi pensada para que a rede de transmissão dispensasse meios físicos, centros de comando e controle de rotas únicas de comunicação, visando à descentralização. Utilizou-se das táticas de guerrilha maoístas de dispersão de forças. Essa nova concepção de arquitetura de rede, como imaginaram os seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares de redes de computadores autônomos com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas.³³⁵

Portanto, a cada novo ponto, a cada nova comunicação a rede aumentava. De 1970 a 1990³³⁶, a rede passa do controle do Estado para as grandes empresas,

Cf. MCLUHANN, Marshall. Os Meios de Comunicação como Extensão do Homem. São Paulo: Cultrix, 1964, p. 10.

³³⁴ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 73

³³⁵ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede... p. 44

³³⁶ Após a sua apresentação em 1972, e do estabelecimento das primeiras ligações internacionais um ano depois, a rede ARPANET cresceu lentamente nos anos 70, mas, por razões de segurança, continuava a ser uma rede estritamente controlada pelos militares e inacessível a largos sectores da comunidade académica internacional e dos EUA. Em 1983, foi

e com a invenção do computador pessoal para cada indivíduo. Ressalta-se que atualmente, muito mais amplo é o acesso devido à concentração de tecnologia em um único aparelho como os Smartphones, verdadeiros computadores de bolso. Assim, quanto mais a rede se expande, tanto menos se pode identificar com uma autoridade supervisora clara e indiscutível responsável pelo tráfego na rede, cumprindo justamente com o propósito para qual foi inventada.³³⁷

A introdução da internet representou não apenas uma transformação na maneira como as informações circulam na sociedade, mas também uma mudança na própria estrutura da sociedade.³³⁸

A sociedade com as novas formas de poder articula-se para um novo modelo. As interações sistêmicas e os fatores extrajurídicos moldam o Estado e a legislação, a exemplo dos textos políticos dos séculos XVI e XVII que buscavam um Estado soberano, determinado pela vontade dos indivíduos dentro ou delimitado por um território. O soberano controlava cada aspecto do corpo social a ele submetido, com poder de legislação sobre circulação de pessoas, economia, costumes regionais, dentre outros. Mas com a expansão da internet e a globalização esse controle se torna impraticável, o que não é inconcebível se levarmos em conta que o propósito da criação da internet e da rede foi justamente escapar desse controle.

As redes se constroem sem ligações territoriais, sem filiações institucionais ou relações de poder, de modo que escapam do conceito clássico de soberania. A internet dispensa tanto o “ponto de vista de Deus”³³⁹ quanto um território e uma fronteira. As informações trocadas e enviadas transitam instantaneamente de um

adotado o chamado TCP/IP o qual é estabelecido por um conjunto de protocolos de comunicação entre computadores em rede. Nos anos 90 surgiu o HTTPS, que garantia o envio de dados criptografados, início do que hoje conhecemos por internet. É na década de 90 que surgem os grandes portais, tais como Yahoo, Google, serviços de mensagens e e-mail, o que permitiu o compartilhamento de arquivos e deu início para a entrada redes sociais, a exemplo de My Space, Twitter, Facebook, entre outras ferramentas que permitem fazer ligações, chamadas via vídeo e mensagens de texto.

³³⁷ Para uma visão mais completa e clara, Cf. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*, p. 82-89; ver também LÉVY, Pierre. *Cibercultura*, p. 31 e ss.

³³⁸ CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur...* p. 101

³³⁹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. Pag. 160.

ponto a outro da rede sem serem filtradas por qualquer tipo de alfândega³⁴⁰, sem qualquer controle do Estado.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é a criptografia. Se o Estado já não consegue controlar o fluxo de informações, com o avanço da criptografia, ou seja, a possibilidade de se codificar mensagens de maneira inviolável, esse instrumento entrega às mãos dos particulares um poder que sempre foi exclusivo do Estado, ou em épocas mais remotas da igreja³⁴¹.

O segredo sempre fez parte do funcionamento do poder³⁴². A igreja já o utilizava para controlar sua posição de única instância de interpretação do mundo e restringia o acesso a informações concentrado apenas nos estudiosos e filósofos do clero. Inúmeros são os capítulos da história que confirmam a utilização dessa estratégia, até que com o advento da prensa de tipos móveis, de Gutemberg³⁴³, a informação fica acessível a uma maior parte da população, que começa a se letrar e a propagar ideias, justamente um século antes das grandes revoluções inspiradas pelos escritores³⁴⁴.

Assim, no século XVI, as Reformas pelas revoluções científicas e pelo Estado nacional acabam por derrubar a dominação da igreja com o advento do iluminismo no século XVIII.

O segredo ainda é algo poderoso, quando falamos em governo, o Estado o torna mecanismo fundamental para sua própria dominação, e nesse ponto, a

³⁴⁰ LÉVY, Pierre. Ciberultura... p. 204

³⁴¹ O poder do segredo, *arcana potestas*.

³⁴² BOBBIO, Norberto. "Democracia e Segredo", in SANTILLÁN, José Fernández (org.). Norberto Bobbio: o Filósofo e a Política, p. 305. Apud. CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur...* p. 102

³⁴³ A primeira revolução é técnica: ela modifica totalmente, nos meados do século XV, os modos de reprodução dos textos e de produção dos livros. Com os caracteres móveis e a prensa de imprimir, a cópia manuscrita deixa de ser o único recurso disponível para assegurar a multiplicação e a circulação dos textos." CHARTIER, Roger. *Do código ao monitor: a trajetória do escrito*. Estud. av. 1994, vol.8, n.21, p. 185/199

³⁴⁴ O primeiro livro impresso foi a Bíblia, em idioma vernáculo (em alemão). Esse fato foi de fundamental importância à Reforma Protestante, que se desenrolou no século XVI, haja vista que até então a Bíblia era lida em latim e sua circulação não era tão grande tal como passaria a ser a partir da invenção da imprensa. FERNANDES, Cláudio. "Invenção da imprensa"; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/invencao-imprensa.htm>>. Acesso em 16 de abril de 2019.

convergência é aplicada no século XVI da *raison d'État*, ou no século XXI com, por exemplo, o *Wikileaks*³⁴⁵.

Conforme assevera Castro³⁴⁶, as tecnologias de criptografias atuais, como a do aplicativo WhatsApp lançada em 2016, é a transferência do *arcanipotestas* para os cidadãos³⁴⁷. Deste modo, o aumento do segredo entre a população diminui potencialmente o poder soberano, como teorizado por Hobbes, a exemplo da difusão da informação como ocorrido no século XVI, que diminuiu o poder eclesiástico. Essa diminuição é visível em exemplos recentes já que desde 2015 já foram autorizados mais de quatro bloqueios judiciais do aplicativo, com vistas a obrigar a colaboração do aplicativo com investigações sobre tráfico de drogas e pedofilia.

Entretanto, isso não significa que tudo pode ser feito no mundo virtual. Apesar de a rede ser algo intangível nem tudo é permitido. Embora as interconexões ocorram livremente e a informação circule a revelia de um poder normativo geral, essas estão ainda sob um ordenamento jurídico, uma vez que precisam de servidores físicos para operar. Apesar de o costume virtual não depender muito da homologação de um poder normativo geral e as regras serem baseadas na prática cotidiana do dia-a-dia virtual, o que as torna espelho de seus usuários³⁴⁸, existe, contudo, legislação vigente sobre a matéria.

No Brasil, recentemente, institui-se o Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/2014³⁴⁹, que tem como principais pontos, a liberdade de expressão, neutralidade da rede, privacidade, guarda de registro (logs), responsabilidade civil de terceiros. Trata-se de uma tentativa do Estado em disciplinar o uso da internet no território nacional, mas infelizmente de uma mera tentativa.

³⁴⁵WikiLeaks é uma organização transnacional sem fins lucrativos, sediada na Suécia, que publica, em sua página, postagens de fontes anônimas, documentos, fotos e informações confidenciais vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis, seu fundador Julian Assange, recentemente foi preso na Inglaterra (11/04/2019) após longo período asilado na embaixada do Equador.

³⁴⁶ CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur...* p. 103

³⁴⁷ A criptografia impede o controle da informação pelo Estado, desta maneira o poder de polícia do Estado fica restrito.

³⁴⁸ O soberano de Bodin e de Hobbes tinha poder absoluto sobre os costumes, mas numa sociedade em rede, altamente interligada, ele pouco pode fazer. É necessário assumir uma posição que se limita a seguir a ordem das coisas, como Montesquieu e não tentar reprimi-la e transformá-la.

³⁴⁹ O Brasil é o 4º País do mundo a ter uma legislação específica para internet.

Avanços como a introdução da Lei nº 12.737/2012, popularmente apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”³⁵⁰, são visíveis, já que tentam delimitar através do uso legítimo do monopólio da violência pelo Estado. Contudo, conforme Levy, as legislações nacionais só disciplinam o circuito de informações que acontece no interior do Estado e os servidores instalados fora do território não são alcançados. Os “paraísos de dados” são livremente acessados, já que o ciberespaço permite que tais conexões aconteçam. Conclui-se que direitos autorais, censura e conteúdos proibidos sejam acessados de forma muito simples, tais leis acabem não possuindo eficácia³⁵¹.

Essa tecnologia é um correio que ninguém tem condição de abrir, especialmente, pela criptografia, somente o emissor e o receptor têm acesso à informação; apenas eles detêm o *arcanus*, dificultando e mesmo impossibilitando o acesso do Estado à informação.

Paulo Bonavides³⁵² já afiançava que a soberania é um dado histórico e relativo, histórico porquanto a Antiguidade o desconheceu em suas formas de organização política, e relativo, uma vez que tomado de início por elemento essencial do Estado na visão dos juristas do século XIX³⁵³.

O Estado moderno, em determinados setores, a exemplo do virtual, apesar de suas limitações busca se apresentar ainda como o *Leviatã*, assumindo uma posição determinante como unidade superior de poder e de direito em face dessa sociedade em rede³⁵⁴, mas falha miseravelmente, numa constelação pós-

³⁵⁰ O Projeto de Lei foi proposto em referência e diante de situação experimentada pela atriz, que em maio de 2012, seu notebook hackeado e fotos em situações íntimas vazadas, bem como conversas, que foram divulgadas na Internet, além de uma tentativa de chantagem, por parte dos hackers para a não liberação do conteúdo adquirido de forma indevida e não ilícita, já que a época não havia a tipificação do art. 154-A, introduzido pela lei: Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

³⁵¹ LÉVY, Pierre. Cibercultura... p. 127/128.

³⁵² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 132

³⁵³ Do ponto de vista externo, a soberania é apenas qualidade do poder que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar.

³⁵⁴ Exemplo recente é a tentativa do controle através do STF, por intermédio de um pedido do ministro Dias Toffoli, o ministro relator Alexandre de Moraes decidiu sobre a questão através de inquérito aberto para apurar notícias fraudulentas que possam ferir a honra dos ministros ou vazamentos de informações sobre integrantes da Corte, segundo a reportagem “censurada” constaria o nome do Ministro Dias Toffoli como intermediador e partícipe no esquema de corrupção da Odebrecht, já que Toffoli era o advogado-geral da União entre 2007 e 2009, no

nacional, termo empregado por Habermas. A virtualização de fronteiras, a relativização das identidades nacionais, o fortalecimento das comunidades supra estatais e da representação democrática fazem com que o Estado fique enfraquecido e perca lentamente seu papel de ator dominante.

Surge a “soberania digital”, o Estado então que atualmente também é protagonista no ciberespaço, já que os serviços públicos básicos dependem desta tecnologia e interconectividade, usando-a no âmbito público, busca uma política pública que mobiliza universidades, incentiva a concorrência, e promove campanhas, além de editar normas como vimos. Tudo com o intuito de transformar a conectividade em política do Estado.

Numa visão moderna e para além do conceito da soberania clássica, a internet não é um limite a razão do Estado, é um recurso a ser utilizado, um vetor de comunicação e poder, apesar de como demonstrado em casos recentes no Brasil, isso ainda é combatido, não entendido e fortemente rechaçado por alguns setores e indivíduos. Porém, é necessário que a diferença entre território e ciberespaço não exista, já que em ambos impera uma competição geopolítica que os Estados aspiram tanto a controlar como a evitar que outros “controlem”³⁵⁵.

Assim como expõe Paulo Bonavides³⁵⁶, as ideologias pesam mais nas relações entre os Estados do que o sentimento nacional de soberania. Essas ideologias vinculam os indivíduos muito mais que qualquer sentimento de nacionalidade, pois, fundada em bases ideológicas iguais, pessoas de Estados distintos atuam com mais compreensão e entendimento do que com motivos de ordem pátria.

governo Luiz Inácio Lula da Silva. Na decisão, o ministro Alexandre de Moraes cita que o esclarecimento feito pela PGR “tornam falsas as afirmações veiculadas na matéria “O amigo do amigo de meu pai”, em tópico exemplo de fake news – o que exige a intervenção do Poder Judiciário. Contudo depois da decisão que buscava retirar da mídia informações falsas sobre o assunto na tentativa de suprimir a notícia, devido à falta de controle que o Estado possui sobre o ciberespaço, a decisão e a notícia “viralizaram” e foram compartilhadas no aplicativo Twitter mais de 653 mil vezes.

³⁵⁵ TORREBLANCA, José Ignacio. “El NuevoGranJuego Digital”, in El País, 1/05/2016. Duas observações devem ser feitas; primeiro: poder-se-ia acrescentar que os meios de controlar o território e o ciberespaço não são os mesmos; segundo: a única ressalva que se poderia fazer à definição de Torreblanca é, evidentemente, que os Estados não são mais os únicos atores nessa competição, nem, em alguns casos, os mais expressivos. Nele figuram também empresas, povos, grupos, partidos políticos, indivíduos. Esse uso político da internet por esses diversos atores é evidenciado em vários casos: os protestos no Irã (2009), no Egito (2011), no Brasil (2013), os casos Assange (2010) e Snowden (2013) e os grupos Anonymous e Estado Islâmico servem como exemplo. CASTRO, Jonathas Ramos. *Rox non moritur...* p. 105

³⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política...* p. 143.

Cada vez mais é evidente uma internacionalização, uma passagem de direitos de bases meramente contratuais, apoiados em princípios de direito natural, de fundamentos éticos e racionais, a um direito que coercitivamente se possa impor a todos os Estados. Assim é possível dizer que exista hoje uma ordem internacional, que tem um primado sobre a ordem nacional, talvez ainda velada, e não jurídica, mas de bases políticas, econômicas e sociais.

Pelo exposto, é necessário considerar a internet como uma ampliação da *esfera pública*, funcionando agora como verdadeiras *Ágoras on-line*³⁵⁷, nas quais o cidadão pode de alguma forma participar da coisa pública, a exemplo podemos citar eventos recentes que contaram com a participação ativa dos indivíduos no espaço virtual: a) no twitter houve convocação massiva das juventudes do Irã contra as eleições fraudulentas; b) Houve mobilização nas redes sociais que acabaram por desencadear o BREXIT, mensagens das mais diversas pela saída do Reino Unido da União Europeia, que também desaguaram na quebra de alianças políticas das lideranças do partido conservador; c) Na Venezuela com a liderança de Juan Guaidó, por intermédio das mídias sociais, o parlamento convocou manifestações populares contra o autogolpe de Estado do regime autoritário de Nicolas Maduro, permitindo também discursos que foram bloqueados pelas redes oficiais de comunicação do governo; d) No Brasil, em 2015, houve grande convocação de manifestações contra a corrupção endêmica denunciada pela Operação Lava Jato, com o movimento “vem pra rua”.

Este *ciberativismo* ou *e-política* cria uma democracia deliberativa informal também denominada por “Democracia Digital”³⁵⁸ que acaba por criar um espaço de opinião dinâmico, fluído e com a participação de diversos atores com conteúdo sintético e igualando a posição dos representados com os representantes, com essas interações no ambiente virtual. O Facebook, o twitter e outras mídias sociais informatizaram o debate político. Nos EUA é visível a atuação do presidente Trump com seu uso do Twitter, no Brasil o presidente

³⁵⁷A palavra *ágora* provém do idioma grego, já que se referia, às praças públicas e às assembleias que se celebravam na *pólis*. O termo faz referência também a outros locais de reunião ou de discussão.

³⁵⁸MCCULLAGH, Karen. E-democracy: potential for Political Revolution?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 11, Issue 2, SUMMER, Pages 149–161.

Bolsonaro realiza “lives” semanais pelo Youtube, respondendo perguntas e interagindo com o público virtual.

Contudo, é necessário não nos tomarmos por um otimismo exagerado³⁵⁹ quanto ao papel das novas tecnologias, que tem sim um local importante, mas é preciso desenvolver novas e mais elaboradas formas de utilização da tecnologia que possibilitem um uso mais amplo e pleno no campo político e democrático, levando a uma reconstituição aberta e multimodal do debate público.

3.10.5 Democracia Semidireta e a participação direta do povo

A participação direta do povo na obra legislativa já fora introduzida nas obras de Rousseau³⁶⁰ no século XVIII, quando este diz que os deputados não são nem podem ser representantes do povo, são apenas seus comissários: nada podem concluir em maneira definitiva, já que toda lei que o povo pessoalmente não haja ratificado é nula, não é lei.

O desenvolvimento da democracia parte do conceito de que ela deve ser o governo do povo, para o povo. Diversas objeções surgem ao longo do tempo sobre essa espécie de governo, mas se o povo não está preparado para a democracia, será que é possível que algum homem esteja preparado o suficiente para ser um déspota? Nesse mesmo sentido Winston Churchill em discurso na casa dos comuns em 1947, bradava: “A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram”³⁶¹. As chagas da democracia se cauterizam com a publicidade, com a opinião livre e com o seu escancaramento. Já nas ditaduras, que são muito próximas das democracias, estas parecem mais tumores que se escondem por debaixo da pele, silenciosos, que destroem o corpo social pouco a pouco e lentamente, e consequentemente, são muito mais graves.

³⁵⁹ Cfr. VEIGA, Paulo. DEMOCRACIA EM VOGA E E-POLÍTICA, E-DEMOCRACIA E E-PARTICIPAÇÃO: BREVÍSSIMAS REFLEXÕES. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1546>. Acessado em: 28 ago. 2020.

³⁶⁰ ROUSSEAU. Jean Jacques. Do contrato Social... p.Liv. III. Cap. XV.

³⁶¹ Marnoco e Sousa, jurisconsultos portugueses do começo do século XX, justificavam a democracia por não encontrarem outro princípio superior a este. Cf. MARNOCO e SOUSA. Direito político: poderes do estado, sua organização segundo a sciencia política e o direito constitucional português. Coimbra. 1910, p. 113.

Hans Kelsen, filósofo vienense responsável pela criação da mais conhecida obra jurídico-filosófica do século XX, a Teoria pura do direito³⁶², definia democracia como sendo um caminho para a progressão, para a liberdade, “democracia é uma forma de governo justa, é enquanto significa liberdade e liberdade significa tolerância”.³⁶³

Numa classificação didática é possível dividir democracia em três modalidades básicas, a democracia direta, a democracia indireta e a democracia semidireta, ou noutras palavras, simplesmente democracia não representativa ou direta, democracia representativa ou indireta e semidireta.

Não tecerei maiores comentários sobre a democracia direta devido ao recorte do trabalho; apenas que a democracia antiga (direta), a exemplo da exercida pelos povos gregos, foi uma bela lição moral de civismo que a civilização clássica legou às sociedades ocidentais, apesar de outros pensamentos da mesma época serem de total indignação, como o tratamento às mulheres e a manutenção da escravidão.

Montesquieu já dizia que o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar. Precisava o povo de representantes que iriam decidir e querer em nome do povo, mas esse não foi exclusivamente o motivo que nos levou a passar de uma democracia direta para a uma indireta. De acordo com Bonavides³⁶⁴, as razões de ordem prática nos levaram a tal modelo, questões como a larga base territorial de um Estado-nação, a exemplo do Brasil. Outro aspecto de relevância que merece ser sublinhado é a impossibilidade de agregar uma grande quantidade de cidadãos para fazer lei num local público, dentre diversos outros.

Deste modo, a moderna democracia ocidental – democracia indireta – tem por bases principais a soberania popular como fonte de todo poder legítimo que se traduz através da vontade geral; o sufrágio universal com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção dos poderes, com separação harmônica entre eles, igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social, representação com base

³⁶² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁶³ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: Arquivos do Ministério da Justiça, nº 170, p. 63-129, 1987, p. 82

³⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política.... p. 293

das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito com a prática da proteção das liberdades públicas e privadas; liberdade de pensamento e manifestação; cargos eletivos temporários; e plena garantia das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, se estas porventura existirem³⁶⁵.

Em relação à democracia semidireta que se assemelha às democracias diretas³⁶⁶ devido à introdução de alguns instrumentos no modelo semidireto, ao contrário do poder ser do povo, mas o governo estar adstrito aos representantes em nome do povo, regime de democracia representativa.

Na democracia semidireta, a transferência política da vontade popular é cedida apenas parcialmente, já que a soberania permanece com o povo e com o governo, mediante o qual essa soberania se inter-relaciona nas matérias mais importantes da vida pública.

Mas esse modelo que dificilmente seria implementado na época de seu pensador, ou mesmo há poucos anos atrás, talvez nas cidades Estados-gregas que do alto de uma acrópole poderia se vislumbrar todo o território³⁶⁷, hoje é totalmente possível com atual desenvolvimento tecnológico.

No constitucionalismo moderno, especialmente o ligado a soberania popular, existem alguns instrumentos de participação que, no modelo de Rousseau, transferem ao povo a palavra final sobre todo ato governativo, embora ressalvada em partes as formas representativas.

Esses instrumentos de participação se resumem a duas categorias básicas: o *referendum* e a iniciativa. Com a iniciativa o corpo eleitoral provoca a decisão dos governantes, com o *referendum* há uma intervenção direta no ato público, via de regra normativo, quer para ratificá-lo, quer para rejeitá-lo. Desse modo é garantido um poder de decisão de última instância, supremo e definitivo ao povo, que não se restringe apenas ao eleger representantes, mas a participação ativa na vida pública.

³⁶⁵ DUVERGER, Maurice. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Pag. 237. Apud. BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 295.

³⁶⁶ Muitos dizem que o retorno à democracia direta no Estado moderno é impossível de se alcançar, principalmente na experiência citada dos gregos.

³⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 302.

Paulo Bonavides enumera os seguintes instrumentos: o *referendum*, o plebiscito, a iniciativa e o direito de revogação, e ainda o veto, chamado de *referendum* facultativo.

Com o *referendum* cidadãos tomam para si o poder de sancionar as leis, da mesma maneira que ocorre num governo representativo ordinário. Contudo, ela só se faz juridicamente perfeita e obrigatória após a sanção popular, deste modo, o parlamento poderá elaborar os projetos de lei, mas é por intermédio do sufrágio dos cidadãos que ocorrerá sua aceitação ou rejeição.³⁶⁸

Cabe brevemente elencar algumas classificações sobre o *referendum*: quanto a sua matéria ou objeto, ele pode ser constituinte ou legislativo, sendo o primeiro quando versar sobre leis constitucionais e o segundo quando se aplica as leis ordinárias; quanto aos efeitos, ele pode ser consultivo ou ab-rogatório, no primeiro caso a norma jurídica entra a existir e no segundo a norma vigente expira; em relação à natureza jurídica, o *referendum* obrigatório ocorre quando a Constituição dispõe que a norma elaborada deva ser submetida à aprovação da vontade popular, e o *referendum* facultativo não implica essa obrigação, podendo requerer ou não a consulta popular. Por fim no tocante ao tempo, distingue-se o *referendum ante legem* o *post legem*, o *ante legem* também chamado de consultivo, anterior ou preventivo, é aquele que a manifestação da vontade da população é anterior a lei, busca-se saber o pensamento e a vontade da massa eleitoral acerca de ato legislativo, enquanto o *post legem* é realizado cronologicamente após o ato estatal para conferir ou tolher a sua existência ou eficácia.³⁶⁹

É possível destacar tanto vantagens quanto desvantagens nos instrumentos de democracia semidireta. Em prol deste instrumento arrazoam que serve de anteparo a onipotência eventual das assembleias parlamentares; torna verdadeiramente legítima pelo assenso popular a obra legislativa dos parlamentos; dá ao eleitor poderes de questionar os partidos políticos e seus

³⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 303 e ss.

³⁶⁹ A classificação apresentada segue o critério mais empregado de vincular o *referendum* com as leis, mas existem outros critérios mais flexíveis que vinculam o instrumento não somente aos atos normativos, mas a todas as questões importantes da vida pública. Cf. HERAS. Jorge Xifras, Curso de Derecho Constitucional, T. I. Pag. 396-397. Apud. BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 305.

representantes; faz do povo mais ativo politicamente, e menos circunstante, atuando na resolução de problemas delicados e da grande significação social; promove a educação dos cidadãos, com o efetivo debate das questões importantes; suprime o lobby “velado” dentro das casas legislativas e retira dos “líderes” ou “chefes” o domínio que exercem sobre o governo.³⁷⁰

A soberania não fica mais adormecida durante o período entre eleições dos representantes, e, não é exercida apenas naqueles poucos minutos de inserção do voto na urna para escolha do candidato. O *referendum* mantém ativos os cidadãos para conter ou retificar os desvios de seus representantes.

Mas é possível citar alguns inconvenientes, o desprestígio gerado às câmaras legislativas, conseqüentemente levando à diminuição de seus poderes; os índices de abstenção; a invocação do argumento de Montesquieu o qual remete a incompetência da população para legislar³⁷¹; os abusos de uma repetição frequente ao redor de questões irrelevantes, que provocariam uma fadiga popular; um possível acomodação dos representantes; a utilização de demagogias desenfreadas; e um conflito insuperável entre a instituição e o sistema representativo.

Em nossa visão é necessário que o instrumento não seja utilizado de maneira desprezível ou insignificante. No mais é necessário que a matéria colocada em votação deva ser de grande relevância social, que envolvam princípios gerais e fundamentais da vida política, que estejam intrínsecas ao interesse nacional com ampla divulgação de informações sobre a questão a ser discutida.

Já se tratando de matérias urgentes, financeiras ou técnicas das quais escapam do cidadão sua percepção ou de complexidade demasiada, ou ainda, que o povo não se interessa ou já não tem compreensão, devem ser relegadas aos representantes, bem como nunca devem coincidir com as eleições parlamentares.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 307.

³⁷¹ Aqui rechaçada por grande parte da doutrina adepta a democracia semidireta, uma vez que sustentam devido a experiência recente nas democracias modernas, que o povo é provavelmente mais apto para votar boas leis do que para escolher bons representantes. BARTHÉLEMY, Joseph & DUEZ, Paul. *Traite Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1926. Pag. 136. Apud. BONAVIDES, Paulo. Ciência Política... p. 307.

Com o atual estágio da tecnologia é possível que cada cidadão com seu título de eleitor eletrônico, por intermédio de um aplicativo em seu Smartphone ou ainda em locais especiais para votação nos moldes de caixas eletrônicos de saque de dinheiro pelas ruas, o cidadão possa ativamente participar dessa escolha, tornando-o mais ativo, e as legislações com uma carga de legitimidade muito maior, e por consequência não se submetendo a uma legislação que este não queira.

Verifica-se que a utilização desse instrumento poderia reverter de modo drástico o ativismo judicial pelo qual passamos no Brasil, já que questões de suma importância nacional poderiam ser decididas pela própria população que seria consultada, decidindo de forma final tais questões, e de mesmo modo, supriria uma omissão legislativa, fomentando a realização de legislações amparadas nos anseios populares.

Muito ainda há de se caminhar para que num país de proporções continentais como o Brasil, toda a população seja instruída e apta a tomar decisões com qualidade e responsabilidade. Contudo, se pensarmos num modelo circular, é talvez justamente através da prática e da utilização do instrumento de referendo e plebiscito que o cidadão se preocuparia pouco a pouco, e cada vez mais, com as decisões que deve julgar e votar.

No Brasil optamos por um regime político democrático, mais precisamente por uma democracia semidireta, na qual exercemos por regra a nossa soberania através dos nossos representantes e diretamente através dos instrumentos, a saber, plebiscito, referendo e iniciativa popular, apesar de muito pouco utilizados, esses constam em nosso texto constitucional³⁷².

Do mesmo modo, optamos por um sistema representativo eleitoral com sufrágio universal e voto direto, secreto e igualitário, previsto expressamente no texto da nossa Constituição³⁷³.

³⁷² Cf. capítulo 4 do trabalho.

³⁷³ Título I. Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, [...] tem como fundamentos: I - a soberania; [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Capítulo IV. Dos Direitos Políticos. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

No que se refere à função legislativa, o seu tratamento inicia-se no Título IV, da Organização dos Poderes, art. 44 indo até o art. 75. Nesse campo, ganham destaque os artigos 44, 45 e 46 da Constituição Federal. No art. 44³⁷⁴, a Constituição consagra o sistema bicameral.

A forma de escolha dos nossos representantes em relação ao Poder Legislativo é o sistema eleitoral, tanto para a Câmara dos Deputados Federais quanto para o Senado. Mas, para a Câmara dos Deputados optou-se por um sistema eleitoral proporcional, e em relação ao Senado adota-se um sistema eleitoral majoritário simples, assim dispostos nos arts. 45 e 46³⁷⁵ da Constituição de 1988.

No que refere à Função Executiva, após a consagração da república como forma de governo e do presidencialismo como sistema de governo, o Brasil atualmente opta por um sistema eleitoral majoritário para a escolha do presidente e do vice-presidente com um sistema eleitoral de sufrágio universal, com voto direto e secreto, com possibilidade de dois turnos³⁷⁶.

No Poder Judiciário o processo de escolha dos representantes optou por um sistema misto. Assim, para adentrar na carreira de magistrado, é utilizado o sistema de provas e títulos³⁷⁷. Entretanto, esse sistema é complementado por outros critérios, a exemplo para a composição da nossa corte maior, o Supremo

³⁷⁴ Assim, se expressa: "Título IV, Da Organização dos Poderes. Capítulo I, do Poder Legislativo. Seção I Do Congresso Nacional. Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal."

³⁷⁵ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

³⁷⁶ Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

³⁷⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Tribunal Federal, seus ministros serão indicados pelo Chefe do Executivo, no caso pelo presidente da República³⁷⁸ e posteriormente endossados pelo Senado Federal³⁷⁹.

A segunda exceção à regra do concurso público de provas e títulos está prevista na composição do Superior Tribunal de Justiça, disposta no art. 104³⁸⁰ da Constituição. A composição prevista foi de no mínimo 33 ministros, sendo dois terços oriundos da própria função judiciária e um terço separados em componentes do Ministério Público e da Advocacia.

Por fim, a terceira exceção encontra-se na composição de todos os Tribunais de Justiça das unidades federativas e do Distrito Federal e está prevista no art. 94³⁸¹ do Texto Constitucional.

A Constituição Brasileira consagrou, como vimos, a teoria da tripartição dos poderes, dando independência para cada uma, mas exigindo também harmonia. O panorama federativo brasileiro se mostra composto pela União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.

³⁷⁸ Cabe ressaltar o posicionamento crítico de Kleber Couto Pinto: “Registre-se aqui uma crítica ao sistema de escolha e nomeação adotada para o STF. Além da quebra do princípio da imparcialidade, é grande a possibilidade de quebra ou lesão do princípio da independência e harmonia entre os poderes. Para que se tenha uma ideia, o presidente Floriano Peixoto (1891-1894) nomeou todos os ministros do STF. O Presidente Figueiredo (1979-1985) nomeou nove do total de onze; o presidente Lula (2003-2011), oito do mesmo total.”

³⁷⁹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

³⁸⁰ Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - Um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

³⁸¹ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Cada ente federativo possui a sua estrutura político-administrativa própria e autônoma. No que diz respeito à função legislativa da União, como já muitas vezes repetido, temos um sistema bicameral composto pelo Senado, como representante das Unidades Federativas, e a Câmara dos Deputados Federais, como representante do povo. Em relação à função legislativa estadual, o sistema já se torna unicameral. Deste modo, a função legislativa no Estado é exercida pela Assembleia dos Deputados Estaduais, e a legislativa municipal será exercida pela Câmara dos Vereadores, do mesmo modo, unicameral.

Por fim, a função legislativa do Distrito Federal é exercida pelos chamados deputados distritais, que compõem a chamada Câmara Distrital, nos moldes já descritos, também sendo unicameral.

Ao passo que a função executiva da União será exercida pelo presidente da República auxiliado por seus ministros. Em âmbito estadual a função será exercida pelos governadores auxiliados por seus secretários, e no município pelos prefeitos municipais auxiliados também por seus secretários. Destaca-se que a função executiva do Distrito Federal é exercida por um governador, como nos estados, é auxiliado por secretários.

Concernente à função judiciária, é imperioso destacar alguns aspectos relevantes, tais como sua estrutura disposta no art. 92³⁸² da Constituição Federal, e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal citados no inciso VII, do art. 92 recebem o seu tratamento constitucional nos arts. 125 e 126³⁸³.

Desta forma, as Unidades Federativas possuem plena autonomia para estruturar a função judiciária da forma que mais lhes convier. Essa estruturação se dá

³⁸² Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

³⁸³ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

através de lei estadual de iniciativa dos presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça.

4 O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI

4.1 O Sistema Político Brasileiro: Presidencialismo de Coalização.

O presidencialismo brasileiro é marcado por uma figura forte do Chefe de Estado, isso decorre devido à apatia do Congresso Nacional, que deriva de vários fatores, em especial, da fragmentação partidária, dos processos legislativos, que por vezes são extremamente morosos, e por tal razão, acabam por não conseguirem responder às mudanças sociais e aos anseios populares, e que mesmo assim atua com grande intervencionismo estatal nas áreas econômicas e sociais. Aliado ao exposto, é visível a indiferença do eleitor brasileiro no que se refere à fiscalização e cobrança dos seus representantes.³⁸⁴

Alguns autores como Sartori, acreditam que o multipartidarismo encontrado no sistema brasileiro, ao contrário do bipartidarismo estruturado norte americano, faz com que o presidente da república fique forçado a flutuar sobre o voto de um Congresso Nacional anárquico e atomizado em um patamar muito mais elevado do que em outros países³⁸⁵.

O termo Presidencialismo de Coalizão remete ao doutrinador Sérgio Abranches³⁸⁶, inspirado no termo francês *coalition*, que remete a ideia de coligação, pois transformará a forma do poder existente no Brasil num verdadeiro Presidencialismo Imperial, com uma composição multipartidária, o que decorre da formação de grandes coligações em âmbitos Federais e Estaduais para dar suporte ao cargo executivo.

Essa situação acaba por fazer com que surjam alguns perigos como distanciamento ideológico entre os partidos, que somente se coligam para obterem vitória nos sufrágios, relegando a convivência que decorrerá

³⁸⁴MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p. 406 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁸⁵SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional... p. 109.

³⁸⁶ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalização: Raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

posteriormente quando do processo legiferante e da execução das leis. Isso acabaria por gerar abando de certas políticas públicas essenciais, bem como o rompimento dessas alianças, o que atrapalharia a governabilidade do executivo e a autoridade presidencial, fazendo com que após as eleições e em caso de rompimento dessa base, houvesse um rearranjo para que agora o executivo devesse se ajustar ao legislativo, num vai e vem de trocas de favores e cargos. O que como vimos desencadeou situações como operações de combate a corrupção no Brasil, por exemplo, a “Lava Jato” e a comissões parlamentares de inquérito sobre o “Mensalão”.

Pelo exposto, o impacto gerado no sistema proporcional de lista aberta com “puxador de voto”³⁸⁷ cria um multipartidarismo multipolar que impediria o Chefe do Executivo sozinho ou através de um único partido conseguir apoio do Congresso Nacional, limitando seu poder real de atuação, haja vista a ser obrigado a constantemente estar em negociação com sua base aliada. Caso isso não fosse viável, o Chefe do Executivo ficaria de “mãos atadas”.

Após a Constituição de 1988, isso ocorreu com os governos de Fernando Collor de Melo e Itamar Franco (1990-1995), que devido à falta de governabilidade e de uma base aliada no Congresso Nacional, juntamente com as denúncias de corrupção envolvendo o nome do então Presidente Fernando Collor, levaram a um processo de *impeachment* que fez com que seu vice-presidente assumisse o governo, o que demonstrou um presidencialismo consociativo e frágil.

Pós os governos supracitados, inaugurou-se um período em que os Chefes do Executivo escolheram por aproveitar do sistema de Coalização, para e com a fragmentação do Congresso Nacional, estrategicamente formar alianças de solidez variável, utilizando partidos de centro como o PMDB, com o intuito de fortalecer a posição do Presidente da República.

É certo que do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso até o impeachment da presidente Dilma Rousseff (1995-2016) os presidentes mediante acordos políticos que incluíam compensações, vantagens e distribuição de cargos de livre nomeação, obtiveram êxito em sustentar uma agenda política mínima de base com o apoio majoritário do Congresso Nacional,

³⁸⁷MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p.407.

mas que era sempre líquida e escorregadiça, de tal sorte, retirando o protagonismo do Legislativo em relação ao processo legiferante e trazendo ao Chefe do Executivo protagonismo sobre este.

O ápice desta neoplasia no sistema político brasileiro ocorreu quando houve a formação de uma grande coligação entre os partidos de esquerda encabeçada pelo Partido dos Trabalhadores com Luís Inácio Lula da Silva como candidato a presidência e posteriormente com sua sucessora Dilma Rousseff, que juntamente com PC do B, PRB, PDT e outros, e os partidos do centro como o PMDB e o Partido Verde, passaram a integrar formalmente a base de governo. Mais do que isso, partidos de centro-direita como PP, PPS e outros de extrema-esquerda como o PRONA aderiram à sustentabilidade do Chefe do Executivo devido à grande distribuição de favores, cargos e emendas parlamentares à margem da lei e da moralidade pública³⁸⁸.

Esse modelo acabou levar a escândalos como do “Mensalão” e da “Lava Jato”, que escancararam o modelo do sistema político brasileiro de coalizão, que por um lado conforme estudos comprovam que houve grande governabilidade por parte dos Chefes do Executivo até o ano de 2014³⁸⁹, pautado pela utilização de Medidas Provisórias elevando o grau do poder legislativo e do executivo, mas que por outro demonstraram sua face tenebrosa, que gerou um alto custo político e financeiro ao país.

Isso decorre do desvio de verbas públicas para financiamento de campanhas eleitorais com a formação de um “caixa 2”, ou seja, pagamento de propinas em valores elevadíssimos aos partidos políticos em troca de favorecimento quando da realização de licitações públicas para empresas privadas, além do favorecimento e pagamento de lideranças políticas contrárias ao governo no intuito de apoio político para obtenção de votos, o que demonstra um sistema corruptor de grande escala que advém do centro do poder.

³⁸⁸MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p.408.

³⁸⁹VICTOR Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de Coalizão: Exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96 e ss.

4.2 O Poder Executivo

No Brasil o Chefe do Poder Executivo Federal é o Presidente da República, que acumula também o posto de comandante supremo das forças armadas. Cada mandato presidencial tem a duração de quatro anos por sufrágio universal direito. Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos não computados os em branco e os nulos e se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos³⁹⁰.

Cabe ressaltar que o Presidente somente pode se reeleger uma vez. Isso decorre da Emenda Constitucional nº 16/1997, que introduziu pela primeira vez na história constitucional brasileira a possibilidade do atual Presidente da República concorrer para a recondução ao cargo, por um único período. Destaca-se também que originalmente a constituição previa um mandato de cinco anos para o cargo, que foi alterado pela Revisão constitucional nº 5/1994.

Em conjunto se elege também um Vice-Presidente que se registra na mesma “chapa” e que completará o mandato do primeiro em caso de morte, renúncia, *impeachment*³⁹¹ ou impossibilidade física.

³⁹⁰ Art. 77, § 2º e 3º da CF/88.

³⁹¹ Sobre processo de impeachment no Brasil o STF decidiu quase que de maneira legislativa na ADPF 378 sobre o tema, veja: Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PROCESSO DE IMPEACHMENT. DEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RITO PREVISTO NA LEI Nº 1.079/1950. ADOÇÃO, COMO LINHA GERAL, DAS MESMAS REGRAS SEGUIDAS EM 1992. CABIMENTO DA AÇÃO E CONCESSÃO PARCIAL DE MEDIDAS CAUTELARES. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. I. CABIMENTO DA ADPF E DAS MEDIDAS CAUTELARES INCIDENTAIS 1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional. Fungibilidade das ações diretas que se prestam a viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato e em tese. Atendimento ao requisito da subsidiariedade, tendo em vista que somente a apreciação cumulativa de tais pedidos é capaz de assegurar o amplo esclarecimento do rito do impeachment por parte do STF. 2. A cautelar incidental requerida diz respeito à forma de votação (secreta ou aberta) e ao tipo de candidatura (indicação pelo líder ou candidatura avulsa) dos membros da Comissão Especial na Câmara dos Deputados. A formação da referida Comissão foi questionada na inicial, ainda que sob outro prisma. Interpretação da inicial de modo a conferir maior efetividade ao pronunciamento judicial. Pedido cautelar incidental que pode ser recebido, inclusive, como aditamento à inicial. Inocorrência de violação ao princípio do juiz natural, pois a ADPF foi à livre distribuição e os pedidos da cautelar incidental são abrangidos pelos pleitos da inicial. II.

MÉRITO: DELIBERAÇÕES POR MAIORIA 1. PAPÉIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL NO PROCESSO DE IMPEACHMENT (ITENS C, G, H E I DO PEDIDO CAUTELAR): 1.1. Apresentada denúncia contra o Presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo (art. 51, I, da CF/1988). A Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia. Ao Senado compete, privativamente, processar e julgar o Presidente (art. 52, I), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara. 1.2. Há três ordens de argumentos que justificam esse entendimento. Em primeiro lugar, esta é a única interpretação possível à luz da Constituição de 1988, por qualquer enfoque que se dê: literal, histórico, lógico ou sistemático. Em segundo lugar, é a interpretação que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, quando atuou no impeachment do então Presidente Fernando Collor de Mello, de modo que a segurança jurídica reforça a sua reiteração pela Corte na presente ADPF. E, em terceiro e último lugar, trata-se de entendimento que, mesmo não tendo sido proferido pelo STF com força vinculante e erga omnes, foi, em alguma medida, incorporado à ordem jurídica brasileira. Dessa forma, modificá-lo, estando em curso denúncia contra a Presidente da República, representaria uma violação ainda mais grave à segurança jurídica, que afetaria a própria exigência democrática de definição prévia das regras do jogo político. 1.3. Partindo das premissas acima, depreende-se que não foram recepcionados pela CF/1988 os arts. 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte (que define a Câmara dos Deputados como tribunal de pronúncia); e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque incompatíveis com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, todos da CF/1988. 2. RITO DO IMPEACHMENT NA CÂMARA (ITEM C DO PEDIDO CAUTELAR): 2.1. O rito do impeachment perante a Câmara, previsto na Lei nº 1.079/1950, partia do pressuposto de que a tal Casa caberia, nos termos da CF/1946, pronunciar-se sobre o mérito da acusação. Em razão disso, estabeleciam-se duas deliberações pelo Plenário da Câmara: a primeira quanto à admissibilidade da denúncia e a segunda quanto à sua procedência ou não. Havia, entre elas, exigência de dilação probatória. 2.2. Essa sistemática foi, em parte, revogada pela Constituição de 1988, que, conforme indicado acima, alterou o papel institucional da Câmara no impeachment do Presidente da República. Conforme indicado pelo STF e efetivamente seguido no caso Collor, o Plenário da Câmara deve deliberar uma única vez, por maioria qualificada de seus integrantes, sem necessitar, porém, desincumbir-se de grande ônus probatório. Afinal, compete a esta Casa Legislativa apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade). 2.3. A ampla defesa do acusado no rito da Câmara dos Deputados deve ser exercida no prazo de dez sessões (RI/CD, art. 218, § 4º), tal como decidido pelo STF no caso Collor (MS 21.564, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso). 3. RITO DO IMPEACHMENT NO SENADO (ITENS G E H DO PEDIDO CAUTELAR): 3.1. Por outro lado, há de se estender o rito relativamente abreviado da Lei nº 1.079/1950 para julgamento do impeachment pelo Senado, incorporando-se a ele uma etapa inicial de instauração ou não do processo, bem como uma etapa de pronúncia ou não do denunciado, tal como se fez em 1992. Estas são etapas essenciais ao exercício, pleno e pautado pelo devido processo legal, da competência do Senado de processar e julgar o Presidente da República. 3.2. Diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, a aplicação das regras da Lei nº 1.079/1950 relativas a denúncias por crime de responsabilidade contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado). 3.3. Conclui-se, assim, que a instauração do processo pelo Senado se dá por deliberação da maioria simples de seus membros, a partir de parecer elaborado por Comissão Especial, sendo improcedentes as pretensões do autor da ADPF de (i) possibilitar à própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeitar sumariamente a denúncia; e (ii) aplicar o quórum de 2/3, exigível para o julgamento final pela Casa Legislativa, a esta etapa inicial do processamento. 4. NÃO É POSSÍVEL A APRESENTAÇÃO DE CANDIDATURAS OU CHAPAS AVULSAS PARA FORMAÇÃO DA COMISSÃO ESPECIAL (CAUTELAR INCIDENTAL): É incompatível com o art. 58, caput e § 1º, da Constituição que os representantes dos partidos políticos ou blocos parlamentares deixem de ser indicados pelos líderes, na forma do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para serem escolhidos de fora para dentro, pelo Plenário, em violação à autonomia partidária. Em rigor, portanto, a hipótese não é de eleição. Para o rito de impeachment em curso, contudo, não se considera inválida a realização de eleição pelo Plenário da Câmara, desde que limitada, tal como ocorreu no caso Collor, a ratificar ou não as indicações feitas pelos líderes dos partidos ou blocos, isto é, sem abertura

para candidaturas ou chapas avulsas. Procedência do pedido. 5. A VOTAÇÃO PARA FORMAÇÃO DA COMISSÃO ESPECIAL SOMENTE PODE SE DAR POR VOTO ABERTO (CAUTELAR INCIDENTAL): No impeachment, todas as votações devem ser abertas, de modo a permitir maior transparência, controle dos representantes e legitimação do processo. No silêncio da Constituição, da Lei nº 1.079/1950 e do Regimento Interno sobre a forma de votação, não é admissível que o Presidente da Câmara dos Deputados possa, por decisão unipessoal e discricionária, estender hipótese inespecífica de votação secreta prevista no RI/CD, por analogia, à eleição para a Comissão Especial de impeachment. Em uma democracia, a regra é a publicidade das votações. O escrutínio secreto somente pode ter lugar em hipóteses excepcionais e especificamente previstas. Além disso, o sigilo do escrutínio é incompatível com a natureza e a gravidade do processo por crime de responsabilidade. Em processo de tamanha magnitude, que pode levar o Presidente a ser afastado e perder o mandato, é preciso garantir o maior grau de transparência e publicidade possível. Nesse caso, não se pode invocar como justificativa para o voto secreto a necessidade de garantir a liberdade e independência dos congressistas, afastando a possibilidade de ingerências indevidas. Se a votação secreta pode ser capaz de afastar determinadas pressões, ao mesmo tempo, ela enfraquece o controle popular sobre os representantes, em violação aos princípios democrático, representativo e republicano. Por fim, a votação aberta (simbólica) foi adotada para a composição da Comissão Especial no processo de impeachment de Collor, de modo que a manutenção do mesmo rito seguido em 1992 contribui para a segurança jurídica e a previsibilidade do procedimento. Procedência do pedido. 6. A DEFESA TEM DIREITO DE SE MANIFESTAR APÓS A ACUSAÇÃO (ITEM E DO PEDIDO CAUTELAR): No curso do procedimento de impeachment, o acusado tem a prerrogativa de se manifestar, de um modo geral, após a acusação. Concretização da garantia constitucional do devido processo legal (due process of law). Precedente: MS 25.647-MC, Redator p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Plenário. Procedência do pedido. III. MÉRITO: DELIBERAÇÕES UNÂNIMES 1. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO AO PRESIDENTE DA CÂMARA (ITEM K DO PEDIDO CAUTELAR): Embora o art. 38 da Lei nº 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o art. 36 dessa Lei já cuida da matéria, conferindo tratamento especial, ainda que de maneira distinta do CPP. Portanto, não há lacuna legal acerca das hipóteses de impedimento e suspeição dos julgadores, que pudesse justificar a incidência subsidiária do Código. A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias, devendo buscar realizar a vontade dos representados. Improcedência do pedido. 2. NÃO HÁ DIREITO A DEFESA PRÉVIA (ITEM A DO PEDIDO CAUTELAR): A apresentação de defesa prévia não é uma exigência do princípio constitucional da ampla defesa: ela é exceção, e não a regra no processo penal. Não há, portanto, impedimento para que a primeira oportunidade de apresentação de defesa no processo penal comum se dê após o recebimento da denúncia. No caso dos autos, muito embora não se assegure defesa previamente ao ato do Presidente da Câmara dos Deputados que inicia o rito naquela Casa, colocam-se à disposição do acusado inúmeras oportunidades de manifestação em ampla instrução processual. Não há, assim, violação à garantia da ampla defesa e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tema de direito de defesa. Improcedência do pedido. 3. A PROPORCIONALIDADE NA FORMAÇÃO DA COMISSÃO ESPECIAL PODE SER AFERIDA EM RELAÇÃO A BLOCOS (ITEM D DO PEDIDO CAUTELAR): O art. 19 da Lei nº 1.079/1950, no ponto em que exige proporcionalidade na Comissão Especial da Câmara dos Deputados com base na participação dos partidos políticos, sem mencionar os blocos parlamentares, foi superado pelo regime constitucional de 1988. Este estabeleceu expressamente: (i) a possibilidade de se assegurar a representatividade por bloco (art. 58, § 1º) e (ii) a delegação da matéria ao Regimento Interno da Câmara (art. 58, caput). A opção pela aferição da proporcionalidade por bloco foi feita e vem sendo aplicada reiteradamente pela Câmara dos Deputados na formação de suas diversas Comissões, tendo sido seguida, inclusive, no caso Collor. Improcedência do pedido. 4. OS SENADORES NÃO PRECISAM SE APARTAR DA FUNÇÃO ACUSATÓRIA (ITEM J DO PEDIDO CAUTELAR): O procedimento acusatório estabelecido na Lei nº 1.079/1950, parcialmente recepcionado pela CF/1988, não impede que o Senado adote as medidas necessárias à apuração de crimes de responsabilidade, inclusive no que concerne à produção de provas, função que pode ser desempenhada de forma livre e independente. Improcedência

do pedido. 5. É POSSÍVEL A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS REGIMENTOS INTERNOS DA CÂMARA E DO SENADO (ITEM B DO PEDIDO CAUTELAR): A aplicação subsidiária do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado ao processamento e julgamento do impeachment não viola a reserva de lei especial imposta pelo art. 85, parágrafo único, da Constituição, desde que as normas regimentais sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes, limitando-se a disciplinar questões interna corporis. Improcedência do pedido. 6. O INTERROGATÓRIO DEVE SER O ATO FINAL DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA (ITEM F DO PEDIDO CAUTELAR): O interrogatório do acusado, instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser o último ato de instrução do processo de impeachment. Aplicação analógica da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao rito das ações penais originárias. Precedente: AP 528-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário. Procedência do pedido. IV. ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO Convertido o julgamento da medida cautelar em definitivo, a fim de promover segurança jurídica no processo de impeachment, foram acolhidos em parte os pedidos formulados pelo autor, nos seguintes termos: 1. Item "f" (equivalente à cautelar "a"): denegação, de modo a afirmar que não há direito a defesa prévia ao ato de recebimento pelo Presidente da Câmara dos Deputados previsto no art. 19 da Lei nº 1.079/1950; 2. Item "g" (equivalente à cautelar "b"): concessão parcial para estabelecer, em interpretação conforme a Constituição do art. 38 da Lei nº 1.079/1950, que é possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de impeachment, desde sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes; 3. Item "h" (equivalente à cautelar "c"): concessão parcial para: 1. declarar recepcionados pela CF/1988 os arts. 19, 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950 interpretados conforme a Constituição, para que se entenda que as diligências e atividades ali previstas não se destinam a provar a (im)procedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia, e 2. para declarar não recepcionados pela CF/1988 os arts. 22, caput, 2ª parte (que se inicia com a expressão "No caso contrário..."), e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 1.079/1950, que determinam dilação probatória e uma segunda deliberação na Câmara dos Deputados, partindo do pressuposto que caberia a tal Casa pronunciar-se sobre o mérito da acusação; 4. Item "i" (equivalente à cautelar "d"): denegação, por reconhecer que a proporcionalidade na formação da comissão especial pode ser aferida em relação aos partidos e blocos parlamentares; 5. Item "j" (equivalente à cautelar "e"): concessão integral, para estabelecer que a defesa tem o direito de se manifestar após a acusação; 6. Item "k" (equivalente à cautelar "f"): concessão integral, para estabelecer que o interrogatório deve ser o ato final da instrução probatória; 7. Item "l" (equivalente à cautelar "g"): concessão parcial para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 24 da Lei nº 1.079/1950, a fim de declarar que, com o advento da CF/1988, o recebimento da denúncia no processo de impeachment ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal, em votação nominal tomada por maioria simples e presente a maioria absoluta de seus membros; 8. Item "m" (equivalente à cautelar "h"): concessão parcial para declarar constitucionalmente legítima a aplicação analógica dos arts. 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da Lei nº 1.079/1950, os quais determinam o rito do processo de impeachment contra Ministros do STF e PGR ao processamento no Senado Federal de crime de responsabilidade contra Presidente da República, denegando-se o pedido de aplicação do quórum de 2/3 do Plenário do Senado para confirmar a instauração do processo; 9. Item "n" (equivalente à cautelar "i"): concessão integral, para declarar que não foram recepcionados pela CF/1988 os arts. 23, §§ 1º, 4º (por arrastamento) e 5º; 80, 1ª parte; e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque estabelecem os papéis da Câmara e do Senado Federal de modo incompatível com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, da CF/1988; 10. Item "o" (equivalente à cautelar "j"): denegação, para afirmar que os senadores não precisam se apartar da função acusatória; 11. Item "p" (equivalente à cautelar "k"): denegação, para reconhecer a impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do CPP relativamente ao Presidente da Câmara dos Deputados; 12. Cautelar incidental (candidatura avulsa): concessão integral para declarar que não é possível a formação da comissão especial a partir de candidaturas avulsas, de modo que eventual eleição pelo Plenário da Câmara limite-se a confirmar ou não as indicações feitas pelos líderes dos partidos ou blocos; e 13. Cautelar incidental (forma de votação): concessão integral para reconhecer que, havendo votação para a formação da comissão especial do impeachment, esta somente pode se dar por escrutínio aberto.

(ADPF 378 MC, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016)

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 84 os amplos poderes do Presidente que chefia monocraticamente o Executivo Federal, podendo nomear e exonerar os ministros de Estado que com ele atuam na execução de seu mandato, diferentemente do que ocorre no sistema presidencialista Norte Americano, sem um processo colegiado e tampouco necessitando de aprovação do Congresso Nacional.

O Presidente tem dentre sua responsabilidade a regulamentação de leis, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, vetar projetos de lei total ou parcialmente. No plano da política externa, mantém relações com Estados estrangeiros, indicando os representantes brasileiros, bem como celebra tratados, convenções, acordos e outros atos normativos internacionais, que estão sujeitos a ratificação do Congresso Nacional³⁹².

Em sua função legislativa, além de poder iniciar o processo legislativo, enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento³⁹³, aprova também legislação delegada por este e exerce por intermédio de uma atividade legislativa própria denominada Medida Provisória um grande impacto na condução do processo legiferante do país.

A Medida Provisória conforme o art. 62 da Constituição Federal de 1988 poderá ser adotada em casos de relevância e urgência, que exclui do seu rol apenas o determinado em seu §1º, sendo aquelas relativas: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º. Ou ainda que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; reservada a lei complementar ou já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

³⁹² Art. 49, I e 84, VIII da CF/88.

³⁹³ Art. 84, XXIII da CF/88.

Deste modo, é visível que além do supracitado, o Presidente tem liberdade para edição de Medidas Provisórias sob o viés de “urgência e relevância” sobre os mais diversos assuntos, tornando-se uma ferramenta poderosa e utilizada recorrentemente para edição de normas jurídicas na consecução de seus objetivos. Em que pese deve ser ratificada pelo Congresso Nacional no prazo máximo de 60 dias, podendo ser prorrogada pelo presidente por mais 60 dias³⁹⁴.

O Poder Executivo por possuir somente uma “cabeça”, ao contrário dos demais poderes que demandam de colegiados para a tomada de decisões – reunião do Congresso Nacional ou Plenário do STF - pode rapidamente resolver conflitos que apareçam em situações emergenciais ou de urgência, mas com o passar dos anos, a utilização deste poder excepcional para solução de enclaves emergenciais foi apropriado para além dessas situações específicas, ou seja, o poder Executivo que tomava protagonismo em eventuais situações resolveu não devolvê-lo.

A imobilidade do Poder Legislativo Federal, que não consegue rapidamente atender aos anseios populares e às constantes mudanças no cenário social, combinado com a atuação legiferante do Presidente da República por intermédio das Medidas Provisórias, tornou o Poder Executivo um grande órgão legislativo que ocupa posição de destaque entre os demais sistemas presidencialistas em democracias³⁹⁵.

O Presidente ainda em suas funções dispõe da posição de designar indivíduos para altos cargos públicos da administração direta. Pode nomear ministros para os Tribunais Superiores, inclusive do STF, o Procurador Geral da República, presidente e diretores do Banco Central, os chefes executivos das Agências Reguladoras Nacionais, dentre outros também elencados no art. 84 da Constituição Federal de 1988.

³⁹⁴ De acordo com o disposto no §6º do mesmo artigo, se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando, o que acaba por “coagir” o Congresso Nacional a votar as Medidas Provisórias editadas.

³⁹⁵MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p. 411.

A questão é que devido ao Senado não vetar por regra a grande maioria dessas indicações e aos inúmeros cargos que devem ser preenchidos, o Presidente da República detém um poder imenso na distribuição dessas vagas públicas, situação intimamente ligada ao sistema político de coalizão brasileiro, haja vista que é decorrente dessa distribuição com a promessa de cargos aos multipartidos existentes e a ele coligados, que este barganha politicamente e financeiramente da sua sustentação ao seu mandato frente Parlamento, mesmo podendo gerar potenciais ilícitos e balcanização partidária.

Na história recente não houve mudanças significativas na questão da distribuição de cargos públicos. Mesmo com a promessa de acabar com esse sistema de troca de favores, o presidente Jair Messias Bolsonaro (1.º de janeiro de 2019 e está previsto para terminar no dia 31 de dezembro de 2022) já trocou 13 ministros de Estado³⁹⁶ nos 18 primeiros meses de seu mandato, sendo perceptível a distribuição e balcanização dos partidos em sua base de sustentação, pois a grande maioria das trocas ocorreu devido à pressão e falta de suporte dentro do Congresso Nacional³⁹⁷.

O Presidente ainda poderá decretar intervenção federal em estados brasileiros em situações extraordinárias³⁹⁸, além de no âmbito judicial conceder indultos e comutação de penas.

4.3 O Poder Judiciário: um novo protagonista político

Após a Constituição de 1988 o Poder Judiciário brasileiro ganhou mais proatividade, impulsionado pela teoria neoconstitucionalista e pelas construções interpretativas “em alternativas” filiadas ao pensamento de Peter Häberle³⁹⁹. Isso fez com que o Supremo Tribunal Federal virasse um grande árbitro, que passou a balizar e a impulsionar, em alguns casos, modificações normativas em atuações, na maioria das vezes, muito mais políticas que da sua competência estritamente judicial.

³⁹⁶ Até o dia 29 de abril de 2020.

³⁹⁷ No primeiro mandato da Presidente Dilma Rousseff nos 18 primeiros meses de mandato (2011-2012) foram efetuadas 16 trocas de ministros de Estado.

³⁹⁸ Art. 34 e 84 da CF/88.

³⁹⁹ MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p. 414

Soma-se a isso, a relevância que os tribunais estaduais detêm, devido à falha do executivo, nas prestações de direitos sociais como medicamentos, educação e moradia, a par da administração estatal, entregando tais direitos pela via de ordem judicial ao executivo.

Carlos Blanco afirma que o Brasil chegou próximo do “Estado judicial” conforme antevisto por Carl Schmitt⁴⁰⁰. Isso se origina pela Constituição conferir ao Supremo Tribunal Federal o poder de revisão constitucional, dando sempre a última palavra em questões de constitucionalidade de atos normativos, e do reconhecimento dos efeitos vinculantes a toda administração dessas decisões, além do julgamento criminal por foro por prerrogativa de função de servidores públicos.

Ressalta-se que a par das competências originárias, o STF por intermédio de interpretações arrojadas foi gradualmente acumulando outras competências que acabaram por encurralar o legislador a formalizar em lei constitucional algumas delas. Cita-se o controle prévio de propostas de emendas constitucionais através do Mandado de Segurança; o Mandado de Injunção que a princípio era um comando para que o legislativo promovesse ato legislativo na omissão do ordenamento jurídico, mas que acabou se tornando um equivalente legislativo para o judiciário; a implicação da repercussão geral em processos, o que na prática funciona como um funil para controlar o excesso de processos a alcançarem a Suprema Corte, e por fim o próprio regulamentário procedimental do processo de impeachment dos presidentes da República.

Importante dizer que o espaço ocupado pelo Poder Judiciário se deu pela paralisia das instituições políticas eleitas, o que conduziu a uma intervenção política dos tribunais e um ativismo judicial crescente.

⁴⁰⁰MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político... p. 414

4.3.1 Ativismo Judicial ou Judicialização da Política? A superestimação dos princípios no Brasil: Critérios de distinção entre princípios e regras.

A relevância que os princípios possuem no ordenamento jurídico brasileiro é marcante. O modelo de aplicação e de ponderação entre princípios e regras, em conjunto com as teorias utilizadas para a fixação correta da incidência deles aos casos concretos, são questões que inquietam os aplicadores de direito no Brasil.

O grande desafio é visualizado quando da existência dos casos difíceis⁴⁰¹, geralmente temas que se encontram em zonas de penumbras⁴⁰², são temas controversos, ou em outras palavras, áreas de incerteza.

Os problemas advindos desses casos não são facilmente resolvidos como nos casos padrões, isso ocorre por diversos motivos, podemos citar que em determinado ordenamento jurídico sobre aquele caso concreto possa existir um baixo nível de referências normativas, ou até mesmo o contrário, um enorme conjunto de normas jurídicas que entram em conflito quando do seu enquadramento no problema apresentado.

Em outras situações poderão surgir obstáculos axiológicos como: justiça, liberdade, segurança, igualdade, dentro outros. Ainda é possível que o assunto tratado possa fazer fronteira direta com outros sistemas nos quais os limites das aplicações das normas jurídicas podem se confundir, a saber, a Economia, a Cultura, a Política, a Moral, a Religião, a Ciência e diversos outros.

O julgar é complexo, já que produz efeitos sobre terceiros com consequências jurídicas e extrajurídicas, especialmente nas sociedades hipercomplexas, marcadas pela proliferação de normas de todas as espécies e leis das mais incontáveis⁴⁰³.

No caso Brasileiro, as altas cortes de justiça, em especial, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal (STJ e STF) são o lugar no qual as

⁴⁰¹ Hard Cases.

⁴⁰² HART, H. L. A. Positivism and Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, v. 71, n. 04, fev. 1958, p. 593-629.

⁴⁰³ Cfr. BITTAR, Eduardo C. B. Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça. 1 ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2018; e LACERDA, Bruno Amaro. O raciocínio jurídico: uma visão aristotélica. Belo Horizonte: Movimento Editorial da FD da UFMG. 2005.

zonas de penumbra desses casos difíceis apresentam maior intensidade e complexidade, fazendo com que o julgador tenha de assumir uma postura inteligente e não apenas mecânica, decidindo à luz das necessidades sociais, mas levando em conta todo o sistema jurídico vigente.

Uma mera situação simples e cotidiana como a definição numa sala de aula sobre como deverá ser praticado o ensino e a relação entre professores e alunos já poderá levantar diversos questionamentos, veja-se: a entrada de alunos após o começo da aula sempre prejudica aqueles que chegaram pontualmente para a disciplina, seja por dispersões, interrupções ou perda da concentração.

Isso acarretou o questionamento por parte de alguns alunos que se estipulasse uma regra de proibição da entrada de discentes após as 19h. Contudo outra parte apontou que aqueles alunos que trabalham durante o dia, geralmente até as 18h, e que o fazem para pagar seus estudos, ou seja, sem o trabalho não conseguiriam ali estar, provavelmente não cumpririam com a regra de chegar às 19h, já que além do trabalho dependem de transporte público, e que tal regra somente beneficiaria aqueles que possuíam transporte próprio e não precisariam laborar e estudar concomitantemente. De tal sorte, surge o impasse, permitir ou não a entrada após o início da aula dos discentes? A colisão aqui gira em torno de princípios. Pela pontualidade garantiríamos excelência de ensino; pelo acesso a sala de aula, o ensino a todos, entretanto não com a mesma eficácia.

Uma pretensão exclui a outra, a porta ou ficará fechada ou aberta após as 19h. Qualquer solução desatenderá uma parcela dos alunos daquela sala e essa complexidade de valores numa sociedade multicomplexa exige uma solução desses conflitos de maneira muito clara e por processos pré-definidos. Esse exemplo é trivial, contudo, em algumas situações essas decisões podem se tornar muito mais labirínticas e angustiantes.

A distinção entre princípios e regras é a base da justificação jusfundamental e se encontra no centro da dogmática dos direitos fundamentais. Como se verificará, o juiz não está desamparado na aplicação normativa perante *hard cases*, mas tampouco poderá usar do poder discricionário em sentido forte, para arbitrariamente decidir a seu bel-prazer, sem, contudo, aplicar as normas conforme o ordenamento jurídico. Aqui, como se verá mais a frente, a teoria tem

evoluído muito neste sentido para direcionar como e quando devem ser sopesados no momento de uma possível colisão entre princípios, ou ainda, nos conflitos entre regras.

Com uma teoria bem desenvolvida é possível analisar a competência entre Parlamento e o Tribunal Constitucional, ponto de partida para responder qual é o limite da racionalidade dos direitos fundamentais, de maneira que é de suma importância demonstrar a evolução que esse tema experimentou e ainda experimenta, com a transformação no que se refere à diferenciação entre regras e princípios.

Não se pretende afirmar que toda a política está controlada pelo Direito, tampouco que tudo é político, mas que em se tratando de decisões de Tribunais Superiores, garantidores do cumprimento de direitos de uma imensa gama de indivíduos, decisões que servirão como um verdadeiro farol para novos casos, portanto, deve existir uma abertura para juízos razoáveis, já que o *Direito-lei* não contém todas as respostas para os casos concretos⁴⁰⁴. O que se pretende é um juízo humanizado e socialmente decisivo, publicamente justificável e racionalmente argumentado⁴⁰⁵, toda simplificação é atraente onde a complexidade apavora.⁴⁰⁶

Vislumbra-se que o ativismo judicial como fenômeno jurídico interligado à postura ativa por parte do Judiciário, não deve acontecer, principalmente nas decisões que são amparadas na “suposta” proteção dos direitos fundamentais, pois estas ultrapassam seus limites constitucionais interferindo de maneira exacerbada e significativa nas opções políticas dos demais poderes, quebrando a harmonia entre eles.

Quando essa interferência ocorre de maneira fundamentada e em decorrência de uma omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, o que se espera é que o Poder Judiciário cumpra com sua função nos limites constitucionais. É justamente para isso que é posto um Tribunal Constitucional. Esse órgão

⁴⁰⁴ Veremos que o conceito de direito-lei ou do que é direito pode variar de autor para autor, e o que se emprega nesta expressão é o conceito puramente positivista, de que somente o que está positivado pode servir de base para o aplicador do direito.

⁴⁰⁵ BITTAR, Eduardo C. B. Introdução ao estudo do direito... p. 524.

⁴⁰⁶ BARROS FILHO, Clóvis de. Política: nós também sabemos fazer. 1 ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2018.

máximo é o garantidor de direitos fundamentais, e a proteção desses direitos não configura uma usurpação inconstitucional de competências legislativas ou executivas, de tal sorte, nesses casos é exigência Constitucional⁴⁰⁷.

Contudo, a outra face da moeda é o arbítrio e o decisionismo, no qual se negligencia o dever de fundamentação das decisões que devem ser fundamentadas racionalmente, juridicamente e com critérios claros, pois de outro modo, tudo dependeria das idiosincrasias do juiz de plantão, o que prejudicaria a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, com base no ordenamento jurídico, comprometendo a separação dos poderes e atentando contra segurança jurídica⁴⁰⁸.

Para tanto foi realizada uma análise do pensamento de autores renomados que enfrentaram de forma Hercúlea essa problemática, partindo da concepção de Ronald Dworkin, suas objeções a Hart e Kelsen, e sua fórmula do tudo-ou-nada; das críticas a esse modelo por Robert Alexy, e sua “formula do peso” e “mandamentos de otimização”⁴⁰⁹, bem como as atualizações por ele apresentadas após as críticas de outros doutrinadores. Por fim, a posição de Marcelo Neves que as analisa pelo aspecto da realidade brasileira, que pretende uma visão moderada das atividades do Poder Judiciário.

4.3.2 Positivismo: Kelsen e Hart

Emmanuel Kant (1724 – 1804), filósofo alemão, achava que todos os deveres jurídicos expressavam, direta ou indiretamente, deveres morais. Tal concepção mereceu a crítica de Gustav Radbruch, pois situava a Moral como simples caudatária do Direito, colocando-a na posição de quem firma a aceitação de uma

⁴⁰⁷ ALEXY. Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2015, p. 546

⁴⁰⁸ Podemos verificar diversas decisões que aparentam um decisionismo no STF, a exemplo: (ADO nº 26 e MI nº 4.733: criminalizando a homofobia como racismo), (ADI nº 5081: Perda do mandato por troca de partido não se aplica a eleições majoritárias), (Habeas Corpus HC nº 82959: afasta a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo havendo projeto de lei sobre o assunto no Parlamento).

⁴⁰⁹ Na concepção contemporânea, o raciocínio jurídico tornou-se incapaz de oferecer uma correção definitiva, mas podendo afiançar uma correção relativa, já que ela é realizada para Alexy aproximadamente, e não perfeitamente. ALEXY. Robert. Direito, razão, discurso: estudos para a Filosofia do Direito. 2. Ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2015, p. 174.

nota promissória em branco. John Austin (1790 – 1859), foi quem de uma forma mais esclarecida, apresentou a independência do Direito em relação à moral e a alguns elementos psicológicos. Austin concebeu a estrutura da norma jurídica como mandato, ou comando, formulando uma noção sistemática do dever jurídico e o considerou componente essencial ao Direito.

Na modernidade Hans Kelsen, que identifica o dever jurídico com as expressões normativas do Direito objetivo, dispõe que o dever jurídico não é mais que a individualização, a particularização de uma norma jurídica aplicada a um sujeito. Um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando essa conduta é prescrita pela ordem social.⁴¹⁰ Já Recaséns Siches vai de encontro com Kelsen ao afirmar que o dever jurídico se funda única e exclusivamente na existência de uma norma de Direito Positivo que o impõe: é uma entidade pertencente estritamente ao mundo jurídico.⁴¹¹

A segurança jurídica é uma necessidade da modernidade. Kelsen e Hart por meio do positivismo buscaram proporcionar esta certeza e segurança, em especial, por meio de critérios para a validação das normas jurídicas, Kelsen por meio da Teoria Pura do Direito e Hart por meio do Conceito de Direito.

Ambas as teorias são convergentes já que sustentam que o Direito é autônomo, ou seja, o Direito é regulado por ele próprio, sendo independente da moral, da política e de elementos fáticos.

Hart critica a redução Austiniana das regras jurídicas a regras coercitivas, pois esta posição estaria em conexão apenas com as regras penais, o que não poderia ser aplicado da mesma forma em um ato administrativo ou na condição ou validade de um negócio jurídico.

O direito como sistema é caracterizado para Hart a partir de critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, que é um critério de validade das regras, e não como mera obediência. Critica Austin no fato do seu modelo de ordens coercitivas excluir o soberano (o criador das regras) quando da aplicação dessas, e por fim, também desabona o fato de em sistemas como o anglo-

⁴¹⁰ KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito... p. 225.

⁴¹¹ SICHES, Luis Recaséns. Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, 1959.p. 241.

saxônico, baseado nos costumes, surgir a dificuldade de explicar o soberano como único criador das regras.

Em sua obra, “O conceito de Direito”, o direito é um fenômeno cultural modelado pela linguagem⁴¹², sendo assim uma instituição social. Portanto, a compreensão dos comandos normativos é essencial para entender o sistema jurídico.

Essa compreensão se dá por intermédio de uma compreensão linguística, que tenta explicar a aceitação destes enunciados por quem os recebe e por quem os formula. Isso significa que deve haver um reconhecimento, por parte dos sujeitos, que esses enunciados são padrões de conduta e de comportamento. Quando são prolatadas diversas regras de condutas, que irão dar origem a diversos enunciados, surgirá em determinada sociedade um sistema jurídico, que possui um ponto de vista interno e outro externo de Direito, que representam formas relacionadas, porém diferentes de interpretar o ordenamento jurídico vigente.

Após as críticas diante das insuficiências apresentadas, Hart tenta explicar como as regras se coordenam para formação do ordenamento jurídico. Deste modo, apresenta um modelo de regras baseado em regras primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que estipulam um dever, independente se o sujeito quer ou não. Impõem um determinado comportamento a categorias de pessoas ou à totalidade dos cidadãos. Ao passo que as regras secundárias são aquelas que estabelecem poderes e dizem respeito à identificação, à alteração e à aplicação das regras primárias, permitem que os indivíduos criem regras, modifiquem-nas, ou fiscalizem a aplicação dessas regras primárias⁴¹³.

As regras secundárias são essenciais ao ordenamento jurídico uma vez que entre as regras primárias predomina a incerteza. Deste modo é necessário resolver eventuais dúvidas que possam surgir na prática judicial sobre a existência ou não de uma regra.

Hart acredita que o Direito não precisa ser moral para existir. Para ser válido não necessita estar em conformidade com aspectos ou preceitos morais, basta que

⁴¹²RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. In; H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciências Sociais. Nº 28. Valparaíso Ed. Universidade de Valparaíso, 1986. p. 17-31. p. 19

⁴¹³HART, Herbert. O conceito de Direito... p. 89-91

haja fundamentação em uma norma superior para estar válido. A validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos de natureza ética ou metafísica, mas vincula-se a um procedimento específico de produção de normas. É a partir da passagem das regras pré-jurídicas [regras primárias] para as regras jurídicas [regras secundárias] que é constituído o direito, segundo Hart⁴¹⁴.

As normas de direito positivo são válidas e devem ser obedecidas, não porque derivam da natureza, a exemplo da corrente jusnaturalista, que a fundamenta na racionalidade ou em aspectos divinos, no certo ou no justo, ou em um valor absolutamente supremo como os comandos de um soberano, mas porque ela foi criada de certa maneira e por certa pessoa que detém legitimidade para tanto.

Para Hart é possível que direitos e deveres jurídicos estejam destituídos de qualquer justificativa moral⁴¹⁵, contudo admite que Direito e Moral são ordens sociais que impõem normas de condutas, porém não há uma conexão conceitual entre elas. Posiciona-se de maneira que seu argumento está fundado no significado da expressão “deveria ser” (*ought to be*).

Para ele, tal expressão apenas reflete um padrão de crítica que pode ser também moral, ou seja, existem outros padrões sobre como o direito “deveria ser” (*ought to be*) que não são apenas fundados na moral.⁴¹⁶

Hart descreve que o sentido do “deveria ser” (*ought to be*) pode assumir diversos critérios. Um Nazista poderia querer que o seu direito devesse ser de uma determinada maneira: manter o regime mais forte e severo quanto se possa entender. O termo “deveria ser” (*ought to be*) é um lugar vazio (*empty place*) que pode ser ocupado por vários significados alheios ao direito. É aqui que se mostra a separabilidade do Direito e da Moral, uma vez que o valor aqui estabelecido pode ser diverso da moral, por exemplo, político ou econômico, e não

⁴¹⁴FONSECA, Tania Schneider, O debate entre Herbert L.A. Hart e Ronald Dworkin. Seara Filosófica. N. 4, Verão, 2011, p. 45-64.

⁴¹⁵HART, Herbert. O conceito de Direito... p. 201 e ss.

⁴¹⁶O ponto aqui é que a decisão inteligente que nós opusemos às decisões mecânicas e formais não são necessariamente idênticas às decisões defensáveis sob fundamentos morais. Nós podemos dizer de muitas decisões: “Sim, isto é certo; isto é como deveria ser”, e nós podemos querer apenas dizer que algum propósito ou política foi concretizado; não significa que nós queremos endossar os fundamentos morais de uma política ou decisão (HART, 1958, p. 613)

necessariamente moral. Os erros do formalismo não conduzem a uma inevitável superação da distinção feita pelos Utilitaristas⁴¹⁷.

Com isso Hart refuta a crítica de que o positivismo é cego às necessidades e inovações sociais, corrige os erros da leitura formalista e demonstra que é ingênuo pensar que toda crítica ao Direito (afirmar como ele dever ser – *ought to be*) é necessariamente moral. Os critérios de validade de um sistema jurídico não dependem da ligação que ele possa vir a ter com a Moral.

Hart verifica a importância da relação e influência recíproca entre os dois domínios normativos, Direito e Moral, contudo não existe necessariamente vinculação entre os institutos. A moral não determina os critérios de validade do direito. Direito não deixa de existir só porque não está em conformidade com as regras morais.

Para Kelsen e Hart o Direito serve para regular o comportamento humano, e o faz através de normas positivadas. A partir de uma apreciação crítica da obra de John Austin⁴¹⁸, Herbert Hart⁴¹⁹ para elucidação do conceito de direito, tenta demonstrar a centralidade do conceito de regra.

Neste diapasão, também para Kelsen o Direito é um sistema de normas que regulam o comportamento humano. É a norma que determina como o indivíduo deve se conduzir; é através dela que o Direito regula o comportamento humano. Assim, a norma produz um “dever ser”, ao passo que um “dever ser” é a própria norma.

Kaufmann e Hassemer demonstram o dualismo advindo da distinção entre ser e dever ser que enquanto neokantiano, Kelsen distinguia rigorosamente entre ser e dever-ser (dualismo metódico) e, em conformidade com isso, entre a perspectiva descritiva (explicativa) e uma perspectiva prescritiva (normativa). Na “teoria pura do direito” apenas está em causa essa última⁴²⁰.

Deste modo é que as normas formam um ordenamento jurídico, um conjunto harmônico de normas, pois seja na teoria de Kelsen na qual as normas inferiores

⁴¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and Separation of Law and Morals... p. 614.

⁴¹⁸ AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined. Nova York: Prometheus, 2000.

⁴¹⁹ HART, Herbert. O conceito de Direito...

⁴²⁰ KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

têm seu fundamento na norma fundamental, seja de acordo com a regra de reconhecimento de Hart. A norma validará as próprias normas, na medida em que o Direito só pode ser validado pelo próprio Direito.

É importante destacar a distinção teórica entre normas primárias e secundárias, nos ensinamentos de Kelsen e Hart. Ambos adotam como critério de classificação as relações de mútua dependência entre as normas, ou seja, a validade material relativa que faz com que algumas normas dependam de outras, além de realizarem a divisão em dois grandes grupos: as normas primárias e secundárias.

Para Kelsen, as normas primárias são as que prescrevem a sanção, ligando-a condicionalmente ao ilícito, qual seja violação da norma, e em seu entendimento as genuinamente jurídicas. Já as secundárias seriam meras derivações das primárias e indicariam os direitos subjetivos, mas estes estariam do lado externo do ordenamento jurídico.

Hart compreende o direito como a reunião de diferentes tipos de norma, e como já dito, também as classificou como primárias e secundárias, mas com conteúdo divergente dos oferecidos por Kelsen.

As primárias seriam as normas que prescrevem aos indivíduos os comportamentos para servir de modelos para as condutas. As secundárias seriam as normas que encarregavam se de outras regras que não pretendiam prescrever comportamentos, e as separou em três classes: a) regras de mudança, que conferem poderes aos particulares e às autoridades para, sob certas condições, praticar atos geradores de direitos e deveres; b) regras de adjudicação, outorgando competência aos juízes para dizer o direito; e c) regras de reconhecimento, contendo critérios para reconhecimento das normas que fazem parte do sistema jurídico.

As regras secundárias outorgariam poderes aos particulares ou às autoridades para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das regras primárias.

No pós-escrito de seu livro, Hart tenta rebater as críticas feitas a sua teoria, em especial as realizadas por Dworkin, como se verá no próximo tópico. Contudo, Hart afirma que sua teoria foi mal interpretada como consistindo apenas de

regras de “tudo ou nada”, de modo que aceita a crítica realizada por dar pouca relevância aos princípios jurídicos quando aborda o sistema jurídico, mas em sua visão, esses princípios podem ser adicionados à sua teoria sem o abandono das teses centrais, como a regra de reconhecimento⁴²¹. Hart vê a possibilidade de solucionar a incoerência do sistema jurídico proposto por seu crítico, como constituído por regras de tudo-ou-nada e princípios não conclusivos, desde que se admita que não haja uma nítida distinção entre regras e princípios, apenas uma distinção de grau⁴²².

4.3.3 Tudo-ou-nada: Ronald Dworkin

O Século XX foi um período de grandes mudanças em diversas áreas do conhecimento, inclusive no direito. Ronald Dworkin foi um precursor na análise dessas mudanças, criticando autores como Kelsen e Hart sobre a concepção positivista do direito, que estabelecia núcleos rígidos dos direitos fundamentais, dando novas perspectivas filosóficas ao formalismo analítico positivista, como já demonstrado no item anterior.

A inclusão dos princípios jurídicos, da moral e da hermenêutica no debate, ocasionou uma viragem paradigmática na visão do direito, Dworkin em sua obra, parte da análise de H.L.A Hart e de seus apontamentos sobre Jeremy Bentham e a teoria utilitarista que visa a promoção do bem-estar médio geral para todos os indivíduos da sociedade.

Com o novo constitucionalismo⁴²³ em ascensão no pós segunda guerra mundial, a relação Estado VS. indivíduo não admite mais a rigidez e os limites e diretrizes até agora postos em relação aos direitos fundamentais. Com o Estado Democrático de Direito surgem questionamentos do que é o Direito, de como este deve ser aplicado, e como manter as conquistas em direitos Humanos e Fundamentais que foram construídos ao longo da história.

Dworkin caracteriza a distinção fundamental de Hart em que uma regra pode ser obrigatória porque é aceita, assim quando os membros da sociedade ou do

⁴²¹HART, Herbert. O conceito de Direito... p. 321 e ss.

⁴²²HART, Herbert. O conceito de Direito... p. 326 e ss.

⁴²³ Conferir capítulo 3 da obra.

grupo através de suas práticas estabelecem uma regra padrão de conduta, isso não quer dizer que qualquer comportamento reiterado se torna uma regra, mas sim que quando existe uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem.⁴²⁴

Ou porque ela é válida, e nesse caso uma regra anterior determinada de “regra secundária” que estipula que as regras a serem promulgadas serão obrigatórias, nesse sentido surge o conceito de validade, pois as “regras primárias” que seguirem o pré-estabelecido serão denominadas regras “válidas”⁴²⁵.

Hart chama essa regra secundária fundamental de “regra de reconhecimento” que pode ser promulgada de uma maneira bem simples, por um rei, ou soberano, ou complexas, como a exemplo de Constituições, que carregam grande grau de dificuldade hermenêutica.

Nesse caso para uma regra ser válida, por exemplo: “a proibição de som automotivo em estacionamentos em um município brasileiro”, deve guardar conformidade com o estabelecido nas leis estaduais, e conseqüentemente na Constituição Brasileira, no que concerne a competência e quórum.

Mas o teste para saber se uma regra é válida ou não em uma sociedade parte da observação dos indivíduos e de seu reconhecimento sobre essas regras, principalmente dos servidores públicos⁴²⁶. Não existe teste mecânico, portanto, existe a possibilidade de confusão se essas regras são jurídicas ou morais. Para realização da referida verificação de validade, em última instância, existem diversos modelos implementados por diferentes ordens jurídicas, como as práticas costumeiras antigas ou a relação das regras com as decisões judiciais para a criação do direito.

Hart reconhece uma “textura aberta” das regras jurídicas por possuírem limites imprecisos. Dworkin critica Hart porque, deste modo, a lógica leva sempre e

⁴²⁴ A tese de Dworkin surgiu como crítica ao positivismo analítico de Hart, segundo o qual o ordenamento jurídico, conjunto formado por regras primárias e secundárias, de conduta e de organização respectivamente, deixa um campo de discricionariedade ao juiz. Nesse sentido ver: NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2014.

⁴²⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002, p. 32/33.

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p.34.

inevitavelmente a explicar casos difíceis em termos de discricionariedade por parte de alguém no exercício do poder, seja juiz, legislador ou executor⁴²⁷.

Nesse sentido, Dworkin parte para uma análise dos limites do poder jurisdicional e sua atuação quando da interpretação do texto normativo, devido às inúmeras possibilidades de relações jurídicas e de legitimidade que surgem numa sociedade complexa, e como o Estado deve promover estas garantias.

Começa diferenciando Políticas de Princípios, sendo o primeiro: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral para a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. E Princípios: “um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação política, econômica ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁴²⁸.

Para tanto apresenta dois casos judiciais que demonstram padrões distintos do uso das regras, o primeiro *Riggs contra Palmer*, no qual um herdeiro nomeado em testamento mata o próprio avô para receber a herança, mas acaba não recebendo, já que apesar das regras conduzirem para tal destino, são utilizados fundamentos costumeiros e máximas gerais, como a máxima ninguém pode se beneficiar do próprio ato ilícito, ou em decorrência do próprio crime.

E o segundo, *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*, Henningsen comprou um veículo e no contrato assinado a montadora se responsabilizava apenas pelos concertos das partes defeituosas, entretanto, no seu caso essa limitação não poderia ser justificada, em caso de sinistro devido ao mau funcionamento do veículo ou de alguma peça. Mesmo que não tenha conseguido apontar nenhuma regra contratual ou jurídica nesse aspecto que assim o estabelecesse, a montadora deveria arcar com as despesas médicas e das pessoas feridas. O tribunal proveu seu processo, condenando a empresa supracitada.

Assim, conclui que os princípios jurídicos e as regras jurídicas têm diferença lógica. As regras devem ser aplicadas de maneira tudo-ou-nada, dados os fatos ou a regra será válida e a resposta por ela dada deve ser aplicada no caso concreto, ou é inválida e nesse caso não deve ser aplicada no caso concreto,

⁴²⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 35.

⁴²⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 36/37.

pois em nada contribui. Dessa maneira, caso haja conflito entre regras, apenas uma poderá ser aplicada ou somente uma será válida.

Igualmente, uma regra possui em seu enunciado completo todas suas exceções, mesmo que elas teoricamente não estejam enumeradas, pelo menos em teoria, e quanto mais exceções forem computadas, conseqüentemente mais completo será o enunciado da regra.⁴²⁹

Os princípios ao contrário das regras possuem dimensão do peso ou importância, quando há colisão entre eles, cumpre definir qual é o mais relevante para o caso em tela. Assim dois princípios podem ser válidos para o mesmo caso, o que não ocorre com as regras, e isso decorre de que princípios opostos não constituem necessariamente exceção ao seu colidente. No mais os princípios não pretendem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, na verdade enunciam razões que apontam uma direção a ser tomada, não necessitando de uma decisão particular.⁴³⁰

Observada a existência de padrões diferentes das regras no sistema jurídico, surgem na concepção de Dworkin duas possibilidades:

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos 'o direito' inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.

(b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do 'direito'), lançando mão de princípios legais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.⁴³¹

No primeiro caso o juiz está obrigado a aplicar princípios, assim como regras, e se não o fizer está incorrendo em erro, como é o caso da legislação brasileira, que no art. 4 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro estipula que

⁴²⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 40

⁴³⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 41.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 46/47

“o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

No segundo, os princípios servem apenas como ferramentas retóricas, não vinculando ou obrigando os juízes a sua aplicação, ficando somente em sua discricionariedade a aplicação. Assim, nos casos apresentados por Dworkin – *Riggs* e *Henningsen* – tanto a família do assassino como a montadora foram privadas de seus bens por um poder discricionário *ex post facto*.⁴³²⁴³³

E em sua análise somente o conceito de obrigação jurídica com base na primeira orientação (a) poderá servir para um projeto democrático e constitucionalista, mas ressalva que o critério não pode depender única e exclusivamente das preferências pessoais do juiz, selecionadas ao seu bel prazer, pois se assim fosse não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma.⁴³⁴

Dworkin fala sobre poder discricionário em *sentido fraco* quando remete aos padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas antes exigem capacidade de julgar. E num segundo *sentido fraco*, quando, por exemplo, um funcionário público tem a autoridade para tomar a decisão em última instância e que não poderá ser revista, por exemplo, em órgãos públicos organizados por hierarquia.

Mas ele apresenta esses dois *sentidos fracos* para diferenciá-los do poder discricionário em *sentido forte*. Nesse caso, o funcionário público além de usar o seu discernimento para a tomada de decisão não estará limitado a padrões pré-estabelecidos por autoridades ou que sua decisão será revista pelo juízo por ele exercido.

O que não quer dizer que “O *sentido forte* de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não excluía a crítica”⁴³⁵. Assim as situações em que o caso não puder ser resolvido pelas regras existentes no ordenamento jurídico, devem ser resolvidas pelos princípios jurídicos, fundados moralmente,

⁴³² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 49.

⁴³³ “Após o fato”, tradução livre do latim.

⁴³⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 60.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 53.

que impediriam o todo e qualquer espaço de poder discricionário *em sentido forte*.

Dworkin assim dialoga com a teoria da justiça de John Rawls⁴³⁶, sendo categórico ao afirmar que é falsa a afirmativa positivista que alega que o juiz poderá *em sentido forte* tomar a decisão as suas próprias luzes e que isso provém de padrões jurídicos. Em vista disso, essa lógica introduz os princípios como normas ou padrões que vinculariam os juízes nos casos em que somente as regras não seriam suficientes para a sua solução, e, portanto, coloca os princípios como pertencentes ao sistema jurídico.

Para ele, os princípios jurídicos estão fundamentados na moralidade comunitária, entendida como moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem, e a origem deles embora não esteja no legislativo ou judiciário, quando da tomada de decisões particulares, representa o que é apropriado, e é desenvolvido por uma determinada comunidade política e manifesta e transmuta-se no processo histórico.

Diferentemente da tradição positivista que exclui os elementos que não decorrem da lógica ou do empirismo, já que esses são requisitos e condição de verdade, Kelsen faz uma distinção estrutural entre ser e dever-ser, e tem por interpretação a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, sendo a fixação da moldura que representa o direito a interpretar.⁴³⁷

Hart e Kelsen distinguem o papel do intérprete-aplicador do cientista-observador. As questões judiciais não fazem parte da ciência ou da teoria pura do direito e sim do campo da política do direito, mantendo distância das questões morais, uma vez que não se vinculam a sistemas jurídicos específicos, buscavam uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social.

Para tanto o juiz quando da aplicação do direito deve fazer a melhor avaliação moral – tendo em vista que existe uma “penumbra” de incerteza por onde transitam diferentes concepções morais no momento da aplicação judicial – acerca dos problemas morais que lhe são apresentados, não importando se estará criando direito de acordo com a moral, ou alternativamente, se orienta por

⁴³⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 150 e ss.

⁴³⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito... p. 391.

sua avaliação moral sobre qual lei existente deva ser aplicada com base no direito⁴³⁸.

É nesse ponto que Dworkin afirma que mesmo na concepção positivista, o juízo observador ou o intérprete fazem parte do direito como um todo e, conseqüentemente, implica no abandono do dualismo de Hart e Kelsen entre conhecimento (neutralidade) e vontade (subjetividade), entre ciência do direito e aplicação normativa na prática judicial⁴³⁹, de modo que tanto o filósofo do direito quanto o juiz estão na mesma dimensão interpretativa, independentemente de ser quando da proclamação de uma decisão de um caso em um tribunal ou na definição teórica do conceito de direito, o que não altera de maneira alguma a possibilidade de respostas corretas perante o direito.

Dworkin não distingue apenas as obrigações morais das jurídicas, dado que os princípios jurídicos invocam prescrições morais. Para ele é necessário distinguir o peso moral dessas prescrições e o seu peso especificamente jurídico na sua incidência específica sobre o sistema jurídico e particularmente sobre as decisões judiciais.

Daí a afirmação que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade, o que não acontece na colisão de regras.

A distinção por ele proposta difere das já demonstradas, mais intensamente no modelo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas, baseada em critérios classificatórios.

Portanto, a partir dos pressupostos principiológicos de Dworkin, o juiz Hércules, que para ele representa o modelo do juiz ideal e promove toda a força da própria reflexão sobre equidade levada em sua teoria, concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade⁴⁴⁰. Conseqüentemente, ele não segue as teorias clássicas das decisões judiciais, mas sim a ideia que se deve aplicar o direito da melhor forma

⁴³⁸HART, Herbert. O conceito de direito...p. 325.

⁴³⁹DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 136.

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito... p. 177

possível. Assim age como a lei ou o precedente o comandariam, embora sua decisão baseia-se na sua convicção pessoal, balanceia o raciocínio judicial com a justificativa da decisão em cada caso concreto, sendo a unificação de teoria e prática jurídica, orientado pelos princípios e capaz de identificá-los nas controvérsias por intermédio do direito, o que oportuniza que se chegue a uma única solução correta para o caso, ou no mínimo o melhor julgamento.

Hércules também é o guardião-observador da coerência de todo o sistema jurídico, exatamente por se colocar como aquele que observa o sistema em sua integralidade, quando o avalia na emissão de suas decisões já que deve construir um esquema de justificação dos precedentes do direito costumeiro, a partir de princípios, e para a justificação das regras de direitos constitucionais e de direito positivo em geral⁴⁴¹. O juiz-Hércules não fica preso a mera legalidade, decide com base em regras e princípios, suprindo as lacunas ou falhas da legislação, e ressalta que todo juiz, independente de seguir a fórmula para a correta decisão, não está livre da falibilidade humana e judicial, e isso deve servir como um lembrete para que decida os casos difíceis com humildade, já que pode errar quando da análise dos juízos políticos.⁴⁴²

4.3.4 Mandamentos de Otimização: Robert Alexy

Alexy propõe uma reformulação na teoria dos princípios de Dworkin, baseando-se na reconstrução da jurisprudência de seu país de origem, o Tribunal Superior Constitucional Alemão, isso ocorre a partir dos anos de 1970⁴⁴³. Uma das principais objeções formuladas, é que o tratamento das regras à maneira do tudo-ou-nada, assim como exemplificado nas obras de Dworkin⁴⁴⁴, e a possibilidade ao menos teoricamente de todas as regras terem suas exceções enumeráveis é excessivamente simples, uma vez que em sociedades complexas a ordem jurídica nunca conseguirá no surgimento de um novo caso se manter a enunciados prontos, podendo então surgir novas exceções.

⁴⁴¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito... p. 181-182

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. O império do direito... p. 203.

⁴⁴³ O ponto de partida de Alexy foi seu artigo em 1979 "sobre o conceito de princípios jurídico", enquanto Dworkin em "O modelo de regras" teve sua publicação original em 1967.

⁴⁴⁴ A exemplo das regras a serem aplicadas em jogos de beisebol ou futebol ilustrado: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 40.

Ainda é problemático tentar salvar a regra do tudo-ou-nada, através das cláusulas gerais de reserva, como bem ressaltado por Alexy⁴⁴⁵, “e se não for prescrito algo diverso de acordo com um princípio” ou “e se razões a serem consideradas do ponto de vista do direito não exigirem algo diverso”. No mesmo sentido afirma que introduzir também cláusulas gerais de reserva em relação a princípios, tornam os princípios aplicáveis a regra do tudo-ou-nada, a exemplo de “se um outro princípio com resultados contrários não tiver procedência”.

Alexy afirma que tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser⁴⁴⁶, podendo ser formulados por expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Mas antes de propor a sua distinção às doutrinas positivistas, resumiu as teorias tradicionais.

Apresentou três teses que divergem sobre a distinção entre regras e princípios: a) a primeira sustenta que qualquer tipo de diferenciação estaria fadado ao fracasso, para tanto, apresenta o método wittgensteiniano de *semelhança de família* para contrapor e refutar que existem diferenças, diversas convergências, semelhanças e dessemelhanças encontradas no inteiro da classe de normas; b) a segunda é fundamentada apenas na diferença de grau de generalidade das normas, sendo esse critério decisivo para sua aplicação; este mais frequentemente utilizado – a generalidade – apontava no sentido de que os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Exemplo de princípio: liberdade religiosa. Exemplo de regra: “todo preso tem direito a converter outros presos” e; c) A terceira que se baseia numa diferença *qualitativa*, a correta em sua visão, e para tanto apresenta um critério que permite distinguir de maneira precisa a diferença entre regras e princípios⁴⁴⁷.

Para ele, os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips” In: Werner Krawietz Opalek, Aleksander Peczenik e Alfred Schramm (orgs). Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz. Berlin; Dunker & Humblot. Pp. 59-87, *Apud* NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p.60/61

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2015, p. 87

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 89/90

existentes”⁴⁴⁸. Assim, são mandamentos de otimização⁴⁴⁹, em sentido amplo, incluindo também as permissões e as proibições, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁴⁵⁰.

As regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁴⁵¹, pois se uma regra vale deve ser feito justamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Diferentemente dos princípios, regras são determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível, de maneira que a norma ou será uma regra ou um princípio.

E para determinar com maior clareza, aponta que o melhor caminho para essa distinção ocorre quando do conflito de regras ou colisão de princípios, pois a aplicação de normas conflituosas isoladamente aplicadas levará a resultados inconciliáveis. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

A conclusão a que Alexy chega é que toda norma ou é regra ou será princípio, assim sua distinção fica clarividente nas colisões de princípios e nos conflitos de regras.

A distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras) aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios, mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

Quando ocorre conflito de regras ele só poderá ser solucionado, introduzindo uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou vai declarar inválida uma das regras. Podemos pegar, por exemplo, a regra contida no art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal brasileira que dispõe: “VII - proteger a fauna e a flora,

⁴⁴⁸ALEXY, Robert. ZumBegriff des Rechtsprinzips” In: Werner KrawietzOpalek, Aleksander Peczenik e Alfred Schramm (orgs). Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz. Berlim; Dunker & Humblot. Pp. 13 e ss. *Apud* NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 61.

⁴⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 90

⁴⁵⁰ Alexy determina as possibilidades jurídicas de acordo como ocorre a colisão entre princípios e regras.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 91

vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”, mas que possui uma exceção elencada no mesmo art. § 7º: “Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Porém quando não é possível introduzir uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida, e, portanto, eliminada do ordenamento jurídico. Para Alexy o conflito de regras se opera na modal validade/invalidade, não em graus como já dito, e assim se ela vale e é aplicável ao caso concreto, significa que vale também sua consequência jurídica.

A solução pode ocorrer através das regras *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*⁴⁵², mas também é possível proceder de acordo com a importância das regras em conflito.

Já no que se refere às colisões entre princípios, um dos princípios deve ceder perante o outro. Não cabe aqui falar em validade/invalidade, pois o princípio que será desconsiderado, também não será introduzido uma cláusula de exceção. Aquele que será utilizado ou considerado será devido às circunstâncias. Deste modo, atribui-se um peso a cada princípio nos casos concretos e em cada situação real, poderão os valores e os pesos serem diferentes.

Para exemplificar, o autor traz ponderações realizadas pelo Tribunal Constitucional Alemão como o caso da incapacidade da parte em poder participar de audiência processual sem colocar em risco sua saúde, devido suas condições físicas atuais, o que poderia ocasionar um derrame cerebral ou até mesmo um infarto devido ao seu estado de saúde. Utiliza-se como exemplo “O assassinato de soldados em Lebach”, documentário produzido que discutia por um lado a proteção da personalidade do assassino, que teria sua vida exposta,

⁴⁵² ALEXY. Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 93

e a liberdade de expressão da imprensa, ambos garantidos na Constituição Alemã.

Alexy demonstra que na ponderação de princípios da mesma categoria, nos casos citados no âmbito constitucional, deve-se observar qual princípio possui maior peso dentro da realidade fática ali apresentada. Essa relação de tensão não pode ser solucionada declarando que alguns princípios possuem prioridade absoluta sobre outros. O “conflito” deve ser solucionado por intermédio de ponderação de interesses opostos, desse modo, ponderar qual dos interesses em jogo, abstratamente do mesmo nível (constitucional) possui maior peso diante do contexto apresentado.

Se os princípios ponderados seguem para uma antinomia, isso revela que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro, e como já dito, isso não quer dizer que eles sejam inválidos, ou que será uma regra de exceção aplicada a todos os casos concretos daqui em diante.

A solução reside em levar em conta as conjunturas do caso, estabelecer qual a relação condicionada a cada princípio envolvido e determinar, tomando em cada caso concreto, as condições em que um princípio precede o outro⁴⁵³. E em casos diversos a questão de precedência pode residir inversamente.

Tal modelo revela que não há hierarquia formal abstrata entre os princípios. A prevalência ou procedência de um sobre outro dependerá sempre do caso concreto, havendo uma relação condicionada, ou concreta, relativa. Essa relatividade só é solucionada através de qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder, tendo em vista se isso produz ou não uma lesão de um direito fundamental.

A lei de ponderação reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que segundo se referem a ações e situações que não são

⁴⁵³ Alexy apresenta algumas funções para a realização da Ponderação a Exemplo: $P^1 \text{ P } P^2$ e $(P^1 \text{ P } P^2) \text{ C } \Rightarrow R$ = Se P^1 tem precedência em face do P^2 sob as condições de C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica.

quantificáveis, podendo assim, diminuir as objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

O resultado obtido por intermédio dessa lei é a decisão em si, de modo que, sempre que um princípio retroaja para dar precedência ao outro, quanto maior for a redução da prevalência de um sobre o outro, maior a importância do cumprimento do princípio que prevalecerá.

Isso será realizado por intermédio de procedimentos bem identificados. Primeiro se verifica quais os princípios em conflito, após, estabelece-se o peso ou a importância de cada um conforme o caso apresentado concretamente e, por último, decide-se qual princípio deve prevalecer perante o outro ou os outros.

Alexy dá enorme importância à argumentação jurídica e propõe regras de argumentação para que se atinja uma decisão razoável. Assim é possível que em alguns casos seja formulada uma regra de procedência geral quando se determina em que conjunturas especiais deve um princípio prevalecer sobre o outro. É uma cláusula “*ceterisparibus*”⁴⁵⁴⁴⁵⁵ que permitirá estabelecer essas exceções; um exemplo poderá ser a colisão entre o direito à honra e à liberdade de informação, como no caso “Lebach”, no sentido de que se a informação é genuína e o assunto de interesse público, deve-se prevalecer a liberdade de informação sobre a honra.

Para sustentar sua posição e algumas objeções, Alexy descreve a diferença do caráter *prima facie* dos princípios e regras. As regras impõem que se faça exatamente o que o comando normativo dispõe; é uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, portanto tem aspecto definitivo. Já os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida do possível, no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim essa característica definitiva do princípio ocorre somente *prima facie*.

Esse modelo que é defendido por Dworkin, como já vimos anteriormente, é criticado por Alexy por ser demasiadamente simplório. Alexy inclui na teoria do modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de uma cláusula de exceção, o que faz perder seu caráter definitivo para a decisão do caso concreto. Em

⁴⁵⁴ ALEXY. Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 101

⁴⁵⁵ “outras coisas sendo iguais”, tradução livre do Latim.

situações nas quais é possível introduzir cláusula de exceções, as regras perdem seu caráter definitivo, mas o caráter *prima facie* pela perda do caráter definitivo, em nada tem a ver com o caráter *prima facie* dos princípios.

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra.⁴⁵⁶

Tal situação, o enfraquecimento do caráter definitivo das regras não iguala seu caráter *prima facie* com o dos princípios, pois o segundo pode ser fortalecido por intermédio de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinada classe de princípios.

Um ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por intermédio delas. Isso se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, o que constitui algo muito diferente e muito mais forte.

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto da ponderação, efetuar a ponderação e fundamentar a ponderação feita, de modo que se possa justificar qual a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; os critérios empregados para definir o peso e prevalência de um princípio sobre o outro; a relação existente entre esses critérios; o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e quais critérios foram juridicamente avaliados.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ ALEXY. Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 105

⁴⁵⁷ ÁVILA. Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 148

Alexy atualiza sua doutrina e rebate alguns críticos no seu pós-escrito da Teoria dos Direitos Fundamentais e em outros escritos⁴⁵⁸, em especial Habermas que afirma que direitos fundamentais poderiam ser sacrificados em favor de finalidade coletivas, podendo o sopesamento encontrar qualquer caminho que o intérprete escolhesse, ficando vítimas de “juízes irracionais”⁴⁵⁹, e por outro lado, Böckenförde, que expõe que os direitos fundamentais transformar-se-iam em “princípios supremos da ordem jurídica como um todo”, estando tal situação fadada a consequências fatais, pois o legislador parlamentar perderia toda sua autonomia, o processo político democrático perderia consideravelmente em importância, e não seria mais possível deter a “transição do Estado Legislativo parlamentar para um Estado judiciário constitucional”, o que por fim desaguardaria em somente duas situações possíveis: “decidir por direitos fundamentais como princípios e, com isso, por um Estado judiciário, ou decidir-se pela limitação de direitos fundamentais à sua clássica função como direitos de defesa e, com isso, por um Estado legislativo parlamentar.

Em suma, a teoria dos princípios é censurada, por um lado, por ser incapaz de determinar de forma adequada a relação entre direitos constitucionais e revisão constitucional; e democracia, do outro⁴⁶⁰.

Para rebater tais críticas Alexy começa introduzindo a distinção entre a discricionariedade estrutural e epistêmica⁴⁶¹, inovando a sua teoria da ponderação, quando afirma que a existência de empate na ponderação entre princípios jurídicos em conflito faz com que aquilo que é comandado ou proibido seja parte de uma discricionariedade estrutural.⁴⁶²

Por sua vez, a discricionariedade epistêmica ou relacionada ao conhecimento surge quando o conhecimento sobre o que é comandado ou proibido pela constituição não é confiável, surgindo, portanto, a segunda lei de sopesamento que “Quanto mais intensa for a intervenção de um direito fundamental, tanto

⁴⁵⁸ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law* 12, 3, p. 511-524, 2014.

⁴⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 576.

⁴⁶⁰ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics... p. 512.

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 575-627.

⁴⁶²ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 575-627.

maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”⁴⁶³, sendo a respostas para suas críticas a fórmula de peso.

Para Alexy, a análise dos princípios formais e descrição legislativa requer, no entanto, uma descrição mais precisa e completa da estrutura de balanceamento. Para conseguir isso, a lei do equilíbrio deve ser mais elaborada. O que poderá ser encontrado por intermédio de uma elaboração adicional na qual consente na fórmula de peso.

Deste modo, Alexy apresenta uma diferença entre os princípios formais e os princípios materiais, apesar de ambos serem mandamentos otimizados, a distinção se encontra no objeto da otimização. Enquanto nos princípios materiais estão relacionados aos valores, como o direito fundamental a saúde e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, nos quais o objeto a ser otimizado é justamente a saúde e a proteção ao meio ambiente; Nos princípios formais a relação não se refere a tais valores ou conteúdos, mas sim com a autoridade das normas jurídicas corretamente dadas e socialmente eficazes, relação direta com a dimensão fática do direito⁴⁶⁴.

Podemos citar como princípios formais o princípio da democracia, da divisão dos poderes e da segurança jurídica, na qual o conteúdo a ser otimizado, a exemplo do princípio da democracia, é justamente que as decisões do legislador competente democraticamente legitimado sejam obedecidas no máximo grau possível, respeitando o que foi decidido pelo legislador e buscando cumprir os objetivos por ele estabelecidos.

Por esse ângulo, percebemos que os princípios formais são mandamentos de otimização que conferem competência para a tomada de decisões vinculantes sobre situações jurídicas, no âmbito da competência normativa, o que nos leva a identificar o caráter autoritativo do direito no sentido da identificação de seus elementos fáticos, reais ou procedimentais⁴⁶⁵.

⁴⁶³ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais... p. 618.

⁴⁶⁴ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics... p. 516.

⁴⁶⁵SIECKMAN, Jan-R. La teoría del derecho de Robert Alexy. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 124.

Allan⁴⁶⁶ contesta que princípios formais poderiam ser ponderados com os princípios materiais devido à ausência da dimensão de peso que não existiria neles. Alexy⁴⁶⁷ rebate tal crítica ao oferecer três modelos de ponderação dos princípios formais, sendo eles o modelo material-formal puro, o modelo material-formal misto, e o modelo epistêmico.

No modelo material-formal puro é admitida a ponderação direta entre princípios materiais e formais, restando ponderados, tanto o princípio material quanto o princípio formal poderão ter precedência na análise do caso concreto. Utiliza-se da fórmula de Radbruch⁴⁶⁸ para exemplificar a colisão de princípios existentes entre o princípio formal da segurança jurídica e o princípio material da justiça. Nos casos em que haja extrema injustiça o princípio material da justiça prevalecerá, mas nos casos em que essa injustiça extrema não estiver presente prevalecerá o princípio formal da segurança jurídica.

No modelo material-formal misto ou modelo combinado, não há a possibilidade de ponderação entre um princípio formal e um princípio material. Para que o princípio formal seja ponderado com um princípio material, ele deve se encontrar combinado ou unir-se a um princípio material de mesma ordem, servindo assim para reforçar esse determinado princípio material que terá prevalência sobre outro princípio material distinto. Nesse sentido, o princípio formal da segurança jurídica combinado com um princípio material pode justificar exceções a aplicação de regras jurídicas baseadas em outros princípios materiais.

Contudo, tal situação leva a uma subconstitucionalização, pois nega a prioridade da constituição sobre as decisões do legislador ordinário democraticamente legitimado⁴⁶⁹. Para Alexy não é justificável que o princípio material da liberdade

⁴⁶⁶ T.R.S. Allen, *Constitutional Rights and the Rule of Law*, in *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* 132, 135–136 (Matthias Klatt ed., 2012). Apud. ALEXY, Robert. *Formal principles: Some replies to critics...* p. 516.

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. *Formal principles: Some replies to critics...* p. 517

⁴⁶⁸ Sobre a fórmula de Radbruch: “É fácil apreciar que esta fórmula tem duas partes. Na primeira parte, diz-se que as leis positivas perdem sua validade jurídica se sua contradição com a justiça alcançar uma medida intolerável. Isso pode ser designado como a ‘fórmula da intolerância’. Na segunda parte, nega-se a natureza jurídica às leis positivas se, em seu estabelecimento, a igualdade for ‘conscientemente negada’, a igualdade, que de acordo com Radbruch representa o cerne da justiça. A isto se pode nomear ‘fórmula da negação’”. (ALEXY, R. *Uma defesa de la Fórmula de Radbruch...* p. 76). ALEXY, R. *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*. Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade de Coruña. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/?sequence=1>>. Acesso em 03 set. 2020.

⁴⁶⁹ ALEXY, Robert. *Formal principles: Some replies to critics...* p. 519

de expressão perdesse prevalência sobre um princípio formal da democracia, já que o intuito dele é justamente limitar o espaço de competência do legislador democraticamente eleito, e independentemente de um princípio formal estar combinado com um princípio material.

Deste modo, para Alexy o melhor modelo é o epistêmico. Nesse modelo, por intermédio da ponderação de segunda ordem, a determinação do peso concreto de um princípio em relação a outro, quando da colisão, é decidida analisando os valores materiais e epistêmicos. Como diz a fórmula peso, o peso concreto de um princípio em relação ao outro princípio é determinado pelo quociente entre, por um lado, o produto do grau de intensidade de intervenção em um princípio, vezes o peso abstrato desse princípio, vezes o grau de certeza das premissas empíricas e normativas sobre o que a medida em questão significa para a não realização desses princípios e; por outro lado, o produto desses mesmos valores com respeito ao outro princípio.

Disso decorre que o grau de intensidade de intervenção ou dispêndio de um princípio, o grau de satisfação ou realização de outro princípio e os pesos abstratos dos princípios em colisão são os valores materiais da fórmula de peso. Nas constituições, os pesos abstratos dos princípios por vezes são iguais e deste modo acabam por não serem decisivos nos casos concretos.

O que tem relevância é a medida que o princípio será prejudicado ou perderá prevalência quando da realização ou do dispêndio do princípio contrário em colisão. Assim, Alexy afirma que a lei material da ponderação diz que quanto maior o grau de intensidade de intervenção ou dispêndio suportado por um princípio tanto maior deve ser o grau de importância ou de satisfação da realização de outro princípio⁴⁷⁰.

Na fórmula de peso os valores epistêmicos atribuem às certezas das premissas empíricas e normativas no raciocínio da ponderação⁴⁷¹. Então as certezas das premissas empíricas apoiadoras que levaram a intervenção ou dispêndio de um princípio devem ser no mesmo grau de certeza da medida da intervenção ou dispêndio causado no princípio em colisão. Como mandamentos de otimização,

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics... p. 513.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics...p. 520.

os princípios materiais dos direitos fundamentais demandam que sua limitação ou restrição deva estar apoiada em premissas empíricas certas e seguras, mas para se alcançar esse grau de certeza e segurança em determinadas áreas de conhecimento é praticamente impossível.

Por tal razão, as decisões tomadas pelos legisladores democraticamente legitimados em relação às normas constitucionais relacionadas especialmente aos direitos fundamentais, seriam bastante reduzidas. Noutro ponto também a incerteza não seria um cheque em branco para o legislador tomar as decisões que bem entender. O que a lei epistêmica procura é achar o equilíbrio conciliatório a essas variáveis.

Deste modo a diferença entre o modelo epistêmico e os acima descritos é que os princípios formais não aparecem diretamente na ponderação como uma das variáveis da fórmula peso. Segundo Alexy, deve-se distinguir entre ponderação de primeira ordem e ponderação de segunda ordem. Na primeira, somente princípios materiais são ponderados. Na segunda, os princípios formais são ponderados com princípios formais⁴⁷². Há, portanto, no que se refere aos direitos fundamentais como princípios uma exigência de otimização material e epistêmica, e isso vale tanto para os direitos fundamentais como também para outros princípios materiais.

Para tanto apresenta sua fórmula refinada de peso⁴⁷³:
$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i^e \times R_i^n}{I_j \times W_j \times R_j^e \times R_j^n}$$

⁴⁷² ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics... p. 520.

⁴⁷³ “ W_i , j representa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio de colisão P_j . A fórmula do peso define este peso concreto como o quociente de três fatores que se situam, por assim dizer, em cada lado do equilíbrio. I_i e I_j são de especial importância. I_i representa a intensidade da interferência com P_i . I_j representa a importância de satisfazer o princípio de colisão P_j . I_j , também, pode ser entendido como intensidade de interferência, ou seja, como a intensidade de interferência com P_j por meio da não interferência com P_i . W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios de colisão P_i e P_j . Quando os pesos abstratos são iguais, o que geralmente é o caso em colisões de direitos constitucionais, eles se anulam. I_i e I_j , e W_i e W_j , dizem respeito à dimensão substantiva do equilíbrio. R_i e R_j têm um caráter completamente diferente. Eles se referem à confiabilidade dos pressupostos empíricos e normativos relativos, em primeiro lugar, à questão de quão intensa é a interferência com P_i , e quão intensa seria a interferência com P_j se a interferência com P_i fosse omitida. Além disso, a confiabilidade dos pressupostos empíricos e normativos também pode estar relacionada à classificação dos pesos abstratos, ou seja, a W_i e W_j . O ponto decisivo é que a confiabilidade é um fator que não se refere às coisas, no nosso caso a intensidade da interferência e os pesos abstratos, ou seja, não é um fator ôntico. Antes, é um fator que se refere ao conhecimento das coisas, ou seja, é um fator epistêmico. Essa distinção entre fatores ônticos e epistêmicos se

Alexy propõe uma escala triádica discreta, ou seja, não contínua, na qual as sequências geométricas são implementadas. Essa escala atribui os valores “leve”, “moderado” e “grave” à intensidade da interferência e aos pesos abstratos. Esses valores são expressos pelos números 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, por 1, 2 e 4. No que diz respeito ao lado epistêmico, isto é R_i e R_j , ou, na versão refinada da fórmula de peso, R_i^e e R_i^n , bem como R_j^e e R_j^n , pode-se trabalhar com os estágios “confiável” ou “certo” (r), “plausível” (p) e “não evidentemente falso” (e), para os quais os números 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , ou seja, 1, $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$, devem ser atribuídos.

Para Alexy⁴⁷⁴, se os valores epistêmicos são 1, os valores substantivos permanecem intocados. Se os valores epistêmicos forem inferiores a 1, o impacto dos valores substantivos é reduzido de acordo.

O menor valor epistêmico ocorre quando a confiabilidade das premissas empíricas e normativas deve ser avaliada como não superior a “não evidentemente falsa”. Nesse caso, o lado epistêmico recebe o valor $\frac{1}{16}$. Essa qualidade epistêmica extremamente ruim destrói o poder até mesmo das razões substantivas mais fortes para a interferência nos direitos constitucionais quase completamente. Isso mostra que a equação de confiabilidade tem uma alta plausibilidade intuitiva.

E é com a utilização dessa fórmula refinada, que as decisões nos tribunais constitucionais podem ser justificadas, podendo ainda incluir escalas mais graduadas ou tríades duplas na justificação da decisão.

Assim os princípios formais como razões de segunda ordem desempenham um papel central no controle da jurisdição constitucional sobre as decisões do legislador democraticamente eleito para conformar as normas constitucionais, incluídas as normas de direitos fundamentais.

Se o legislador detém essa legitimidade, ele poderia restringir direitos fundamentais. Mas o que devemos procurar é até que ponto o legislador poderá restringir os direitos fundamentais sem que isso possa ser controlado? Como

revelará de extrema importância para a teoria dos princípios formais e do arbítrio legislativo.” In: ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics...p. 513.

⁴⁷⁴ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics... p. 515.

resposta, surgem os princípios formais como razão de segunda ordem, fornecendo uma base de premissas empíricas, mesmo que por vezes inseguras.

O que não quer dizer que qualquer decisão poderá ser fundamentada. Nesse sentido, Klatt e Schmidt⁴⁷⁵ negam que os princípios formais desempenham papel na criação do espaço de discricionariedade do legislador competente democraticamente legitimado.

A segunda lei de ponderação desempenha papel fundamental na determinação da discricionariedade do legislador, pois serve como medida para determinar a intensidade do controle jurisdicional na ponderação do legislador. Assim, quanto maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador⁴⁷⁶.

Para River⁴⁷⁷ é possível retirar três leis sobre o resultado das interpretações, a) quanto maior é o peso de um princípio de direito fundamental, menor deve ser o espaço de discricionariedade epistêmico; b) quanto maior é a intensidade da intervenção em um princípio de direito fundamental, maior deve ser a apuração em relação às premissas empíricas admitidas para fundamentar a proporção da intervenção em questão; c) quanto maior é a proporção da intervenção em um princípio de direito fundamental, maior cuidado o julgador deve ter para analisar os pequenos benefícios atingíveis ao direito fundamental sem prejuízo para a medida estatal em questão e maior deve ser o ânimo do julgador para diferenciar o grau de realização da medida estatal em questão do grau de intensidade da intervenção no direito fundamental.

Assim essa concepção apresentada por Rivers demonstra que a segunda lei da ponderação representa a contrapartida formal da primeira lei da ponderação material. A sua fundamentação descansa no princípio formal de que a guarda dos direitos fundamentais incumbe à jurisdição.

⁴⁷⁵KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. The constitutional structure of proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁷⁶RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). Law, Rights and Discourse. Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007. p. 187.

⁴⁷⁷ RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing... p. 187.

Portanto, os princípios formais fundamentam o intervalo de discricionariedade epistêmico do legislador democraticamente legitimado, bem como a intensidade do controle da jurisdição sobre a avaliação do peso relativo concreto dos princípios materiais de direitos fundamentais na ponderação.

As formulações feitas por Alexy são amplamente difundidas na doutrina brasileira e ultramar. Sua distinção entre regras e princípios inaugurou o pós-positivismo, contudo a aplicação de modelos prontos a realidades diferentes em um mundo de sociedades cada vez mais complexas deve ser analisada com cuidado. É preciso harmonizá-la a nossa realidade. Marcelo Neves aponta algumas críticas interessantes e substanciais a Alexy, buscando adequá-la ao cenário brasileiro, como veremos a seguir.

4.3.5 Entre Hidra e Hércules: Marcelo Neves

Marcelo Neves observa em seu livro *Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*, uma situação peculiar, a ampla recepção pela doutrina e jurisprudência brasileira, do debate em torno de princípios e regras, ponderação e otimização, porém com a importação de modelos, construções teóricas e dogmáticas sem o crivo seletivo de recepção jurídico-constitucionalmente apropriada, o que ocasiona uma banalização de modelos principiológicos, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas da situação brasileira.

A invocação de princípios, sejam eles morais ou jurídicos, colocava-se como panaceia para solucionar todos os males da prática jurídica e constitucional no Brasil, o que no fundo, é utilizado para que regras que possuem em seu enunciado normativo sentido claro e preciso não sejam aplicadas, devido à retórica principialista, no intuito de satisfazer decisões orientadas por interesses particularistas.

A metáfora utilizada pelo autor se refere aos trabalhos de Hércules na mitologia grega, em especial o segundo, entre os doze que realizou para o rei de Micenas, seu primo Euristeu, essa contraposição visa modificar a visão sobre o juiz-Hércules, como já citado anteriormente, que consegue identificar os princípios mais adequados para a solução de cada caso, emitindo assim em seu

juízo a “única resposta certa”, ou a “melhor decisão possível”. Aqui os princípios aparecem como Hidra e as regras como Hércules, já que para ele as regras fecham a cadeia argumentativa, o caráter hercúleo se encontra nas regras, os princípios servem para enriquecê-las, para abri-las e principalmente para abrir o direito em um campo mais amplo do social, para a verdadeira adequação social do direito.

A relação existente entre princípios e regras é uma relação dependente que demonstra o paradoxo da justiça entre consistência jurídica e adequação social do direito. A solução para superação deste paradoxo, caso a caso, é a articulação entre regras e princípios, deste modo é que o juiz-lolau é o verdadeiro juiz⁴⁷⁸.

lolau na mitologia é sobrinho de Hércules e o ajuda no cumprimento do segundo trabalho, cauterizando as feridas de Hidra, já que sempre que Hércules cortava uma das diversas cabeças de Hidra outra ressurgia no lugar. Com sua ajuda, após o corte e a cauterização, a regeneração foi impedida. É com essa metáfora que Neves sustenta o trabalho do juiz-lolau, da interpretação e aplicação do direito por intermédio da articulação entre princípios e regras, com a provação de Hidra dos princípios. Ele deve se libertar de Hidra e encontrar a regra que irá solucionar o caso, contudo, sem a provação de Hidra, ele não pode realizar seu trabalho da melhor maneira, já que não enfrentaria a complexidade.

Com a complexa sociedade de hoje, os princípios estimulam a expressão do dissenso em torno de questões jurídicas e, ao mesmo tempo, servem à legitimação procedimental mediante a absorção do dissenso, razão pela qual se mostra necessária a legitimação do processo pelo qual é realizada a resolução dos conflitos jurídicos. É necessário um procedimento claro, que dê previsibilidade às decisões judiciais que promovam segurança jurídica. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa, nas palavras de Neves “só as regras levam à redução de complexidade ou à seleção suscetível de determinar a solução do caso”.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 224

⁴⁷⁹ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. XIX

Entretanto, ressalva que apesar da relevância na aplicação das regras para a solução dos casos rotineiros ou fáceis, por vezes, elas se mostram inadequadas ou insuficientes para a resolução dos *hard cases* que possuem uma maior complexidade.

Os princípios permitem enfrentar e estruturar “a alta complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico (valores, representações morais, ideologias, modelos de eficiência etc.)”, e “as regras jurídicas reduzem seletivamente a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada, apta a viabilizar a solução do caso”.⁴⁸⁰

As regras dependem do balizamento ou construção a partir de princípios, ao passo que estes só ganham significado prático se encontram correspondência em regras que lhes deem densidade e relevância para a solução do caso.

De modo que, entre princípios e regras, o importante quando da sua análise em cada caso, é superar no plano argumentativo o paradoxo existente entre consistência jurídica e adequação social, que constitui o paradoxo da justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico.⁴⁸¹

Partindo da análise dos modelos dominantes de Dworkin e Alexy, Neves procura outro modelo de diferença entre princípios e regras constitucionais, colocando a problemática não apenas na distinção entre princípios e regras.

Ele analisa os princípios e regras contidos na constituição e aponta que não é possível encontrar em cada disposição constitucional ou mesmo expressamente no texto constitucional estes de maneira sempre clara, a exemplo dos princípios da razoabilidade e do critério da proporcionalidade⁴⁸². Tal inferência lógica de princípios do texto constitucional cabe ao interpretador-aplicador, que não pode de maneira arbitrária, concretizar o texto constitucional de maneira incompatível ou desconexa com as demais disposições constitucionais.

Para isso, identifica que a classificação de regras e princípios nos moldes quantitativos ou qualitativos se encontra de forma equivocada. Para ele a

⁴⁸⁰ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. XIX

⁴⁸¹ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. XX

⁴⁸² NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 91

distinção mais adequada é admitir que se trata aproximadamente de conceitos típico-ideal nos termos da tradição weberiana, e não numa “forma-de-dois-lados”, como sistema/ambiente, igual/desigual, lícito/ilícito⁴⁸³.

Os tipos ideais, definido por Weber como “utopias” gnosiológicas, nunca são encontrados de forma pura na realidade social. Na verdade são esquemas de sua interpretação com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes ao conhecimento que se busca adquirir.⁴⁸⁴

No âmbito normativo, conseqüentemente, serão utilizados para uma ordenação seletiva de disposições e enunciados normativos, tendo por base todas as demais fontes do direito. Desse modo, a textualização constitucional, apesar de ajudar o intérprete, somente se poderá verificar se constitui princípio ou regra depois de incorporada a norma do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo.⁴⁸⁵

Para Neves, é possível ainda a existência de híbridos, normas que estão em situação intermediária entre princípios e regras. Os “postulados normativos aplicativos” podem ser princípios, regras ou híbridos, nesse sentido sustenta que autores como Dworkin⁴⁸⁶, que também admite tal classificação, assim ou são regras imediatamente finalísticas ou não. De todo modo, se não forem razões definitivas para uma norma de decisão de questões jurídicas, devem ser tratadas primariamente como princípios, se forem normas de razão definitiva trata-se de regras, já que atuam de forma reflexiva, e se não for possível enquadrá-las em nenhuma categoria, serão híbridos.⁴⁸⁷

Numa sociedade hipercomplexa, a Constituição é composta por regras e princípios que possuem vantagens e desvantagens, mas ambas são necessárias, especialmente numa relação entre Constituição e lei, que culmina numa relação circular e não em uma hierarquia linear do sistema jurídico. A auto fundamentação constitucional depende tanto da legislação quanto dos atos de

⁴⁸³ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 101

⁴⁸⁴ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 102

⁴⁸⁵ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 105

⁴⁸⁶ “Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma.” Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério... p. 44.

⁴⁸⁷ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 109

interpretação-aplicação da Constituição, portanto, desenvolve-se uma hierarquia entrelaçada no processo dinâmico de concretização normativa.

Neves fundamenta que os princípios constitucionais, por implicarem certa distância do caso tutelado e possuir maior flexibilidade entre o antecedente e o consequente, são indicados para o enfrentamento das expectativas múltiplas que circulam na sociedade, enquanto as regras, em sua estruturação, mostram-se mais adequadas para oferecer o fundamento imediato ao caso tutelado, e assim, os princípios apresentam-se subcomplexos perante casos concretos.⁴⁸⁸

Neves adverte que como o dinheiro na economia, os princípios constitucionais, bem como outras estruturas de caráter reflexivo nos sistemas sociais, podem ser diabólicos. Em um sistema que se dê primazia a regras em detrimento de princípios tenderá para uma consistência extremamente rígida, isolando-se do seu ambiente. Na metáfora de Henri Atlan⁴⁸⁹, a rigidez do cristal torna-o socialmente inadequado perante uma sociedade altamente dinâmica e complexa. Doutro lado, o encantamento pelos princípios constitucionais em detrimento das regras, tende a bloquear a consistência jurídica, dissolvendo o direito, expondo-o às particularidades do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes e inegociáveis. O caráter informe da fumaça principialista tornaria o direito inconsistente e inadequado aos fatores sociais do seu ambiente e submisso a suas vontades, levando a desestabilização das expectativas normativas e a insegurança jurídica, juntamente com um descrédito no funcionamento da própria ordem constitucional.⁴⁹⁰

Em relação à aplicação dos princípios, Neves acredita que é demasiadamente simples a aplicação conforme Dworkin⁴⁹¹ no sentido de haver uma única decisão correta ou da melhor decisão para o caso concreto, ou que a ponderação de princípios através da otimização de Alexy, orientado através de uma intersubjetividade consensualmente para a busca de solução do caso mediante argumentação racional, tendo como referência as condições ideais do

⁴⁸⁸ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 118/119.

⁴⁸⁹ Os sistemas, em geral, se reproduziriam entre variedade (fumaça) e redundância (cristal). ATLAN, Henri. *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*. Paris: Seuil. 1979.

⁴⁹⁰ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 133.

⁴⁹¹ Partindo do juiz Hércules, sujeito soberano da decisão e juiz monológico, contudo, Marcelo Neves acredita que a ponderação, *tout court*, é inafastável.

discurso⁴⁹². As variáveis sociais e jurídicas são as mais diversas nos chamados *hard cases*, e, portanto, levam à soluções que só podem ser alcançadas em condições ideais, o que não ocorre em sociedades hipercomplexas.

Assim, admite que no Estado democrático de direito existe uma complexa e dinâmica articulação de princípios e regras constitucionais e, à vista disso, a ponderação de princípios colidentes é uma das técnicas de argumentação e interpretação constitucional, que permite comparação de diferentes perspectivas da Constituição e dos direitos fundamentais. Mas devido isso não poder ser medido ou avaliado em razão de ordem de grandeza dos princípios que possam estar envolvidos e de suas correspondentes importâncias ou relevâncias, o que de outra maneira pode ficar ainda mais complexo quando se consideram as perspectivas de outras ordens jurídicas envolvidas simultaneamente na solução de problemas constitucionais comuns, o modelo de ponderação otimizante seria pouco adequado para resolução de casos constitucionais que apresentem colisão de princípios.⁴⁹³

Neves ressalta que os juízes e tribunais constitucionais estão obrigados a reagir aos perigos da desdiferenciação: politização, economicismo, fundamentalismo religioso, cientificismo, corporativismo, domínio da mídia, dentro outros; e da negação da dupla contingência no processo de concretização constitucional, enfrentando o paradoxo da relação entre consistência jurídica, associada primariamente à argumentação formal com base em regras, e adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios.⁴⁹⁴

Outra questão de suma importância apresentada por Neves é o uso e abuso de princípios na doutrina e na prática jurídico-constitucional brasileira, devido a um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e uma propensa compulsão ponderadora, que ultrapassa a aplicação judicial da Constituição dos casos que se faz necessária, e inafastável, a ponderação.⁴⁹⁵

⁴⁹² NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 141.

⁴⁹³ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 145/160.

⁴⁹⁴ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 170.

⁴⁹⁵ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 171.

Daí decorre uma ponderação sem limites e uma judicialização da política, ou uma politização do direito, que por serem tão intensas, acabam por romper com a harmonia entre a separação de poderes. Para ele tanto o legislativo e as regras quanto o judiciário e os princípios têm papel fundamental na estabilização de expectativas normativas no âmbito desta sociedade hipercomplexa e conflituosa. Contudo, ressalva que essa estabilização depende da forma como vai se desenvolver a relação reflexiva circular entre legislador e juízes ou tribunais, especialmente em âmbito constitucional, na dinâmica jurídica e entre princípios e regras na estática jurídica.⁴⁹⁶

Nesse diapasão, a invocação retórica dos princípios e a compulsão pela ponderação como panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, simplifica e satisfaz interesses avessos à legalidade e a constitucionalidade numa verdadeira erosão continuada da força normativa da Constituição, já que os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser o fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica.⁴⁹⁷

O que importa na discussão é a construção de uma teoria das normas constitucionais que promova uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada, que leve a uma segurança jurídica e não propriamente o debate sobre a diferença entre regras e princípios, que para ele é muitas vezes estéril no contexto brasileiro.

O que se verifica é uma prática jurídico-constitucional brasileira confusa, que busca a utilização desmedida de princípios e a ponderação mesmo em casos que detém grande objetivismo e que não comportariam uma ampliação da interpretação ou da ponderação. O problema se relaciona ao fato da decisão utilizar, nesses casos, pressupostos exclusivos para a situação em análise sem oferecer parâmetros para decisões futuras, reduzindo o fator surpresa, e melhorando a consistência jurídica.

⁴⁹⁶ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 181.

⁴⁹⁷ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 191.

Já que em situações hiperpolitizadas pode servir à acomodação da Constituição a interesses concretos do eventual detentor do poder ou, também, da respectiva oposição, o que aniquila a força normativa da Constituição.⁴⁹⁸

Diante desse quadro, Marcelo Neves recorre à distinção realizada por Bernstorff⁴⁹⁹, com vistas ao estilo de argumentação orientado pela ponderação e o estilo de argumentação categorial ou independente da ponderação. O primeiro chamado de estilo *ad hoc*, extremamente orientado pela ponderação, e o segundo para uma ponderação definitória, ressaltando que a diferença entre elas reside no grau de critérios utilizados que serviram como base para outros casos, devido ao processo de ponderação realizado.

Conclui-se que no primeiro caso, por se estar demasiadamente submisso ao caso concreto, torna-se fácil argumentar contra a aplicação dos mesmos critérios em casos semelhantes na ponderação *ad hoc*⁵⁰⁰.

Neves sublinha que tais reflexões são pertinentes à prática brasileira, especialmente, porque acredita que os tribunais de nosso país recorrem a ponderação *ad hoc*, que quando super empregada acaba tornando a técnica imprecisa e maleável. Isso acaba por descambar num casuísmo descomprometido com a força normativa da Constituição e com a segurança jurídica do ordenamento constitucional, já que atua de forma imediata e não se aufere os riscos mediatos que tais decisões possam causar. Fundamenta tal posicionamento ao citar alguns exemplos de decisões tomadas pelos tribunais superiores brasileiros para confirmar essa recorrente utilização da ponderação *ad hoc*.

Em especial destaque dois casos que detêm grande relevância e demonstram que uma busca por uma ponderação categórica ou contrária da *ad hoc*, pode

⁴⁹⁸NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 191.

⁴⁹⁹ A análise de Bernstorff está centrada em diversas decisões de tribunais constitucionais acerca da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, principalmente em relação ao seu conteúdo essencial, ou nuclear destes direitos. BERNSTORFF, Jochen von, Kerngehalt und Menschenrechtsschutz: Eine vergleichende Studie zur Einschränkung nationaler und völkerrechtlicher Freiheitsgarantien, Heidelberg: Habilitationsschrift, 2010. Tese de livre docência apresentada na Universidade de Heidelberg. *Apud* NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 191.

⁵⁰⁰ E suas conclusões levaram a que quanto mais estiver restrito a ponderação ao caso concreto mais difícil será a possibilidade de fundamentos para a introdução de formas de argumentação que sirvam à proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos e fundamentais.

alcançar melhores resultados mediatos na consolidação da jurisprudência pátria e da técnica jurídica.

Contudo, para concluir a posição adotada por Marcelo Neves, é necessário voltar a sua metáfora inicial sobre o *Juiz lolau*, ajudante de Hércules⁵⁰¹ em sua batalha com o monstro Hidra; juiz este, que é capaz de desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras no ordenamento constitucional.⁵⁰²

O *Juiz lolau* difere do *Juiz Hidra*, pois não se regenera a cada caso concreto, criando novos princípios na forma policéfala em que se apresentam; do mesmo modo que não modifica sua posição *ad hoc* para satisfazer exclusivamente a cada nova estratégia em que se invocam princípios⁵⁰³, não se deixa deslumbrar pela retórica principiológica. De tal sorte, também se difere do *Juiz Hércules*, pois não se prende inflexível às regras, estando aberto a supercomplexidade do sistema social no qual o direito está inserido. Portanto não isola o direito do seu contexto social, busca apreender mediante referência ao ambiente “sistema jurídico” e percebe os limites nos quais as regras precisam solucionar controvérsias jurídicas complexas.

Deste modo, para Neves, o *Juiz lolau* aceita que em alguns casos terá de recorrer à ponderação, mas quando utilizada deve ser como recurso escasso⁵⁰⁴, pois está relacionada com o paradoxo entre regras e princípios e da justiça como uma fórmula de contingência, que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico.

Por consequência, e tendo por base que a justiça é um paradoxo na medida em que é uma perene perquirição do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões judiciais, o *Juiz lolau* não pretende solucionar o paradoxo da justiça em cada caso constitucional, como o *Juiz Hércules*, mas antes procura um equilíbrio, um *common ground* entre princípios e regras

⁵⁰¹ Nem um juiz-regra (Hercúleo) nem um juiz-princípio (hidraforme).

⁵⁰² NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 221.

⁵⁰³ Assim não encobre por meio de sua regeneração a atuação em favor de interesses particulares, sejam de ordem política, monetária, religiosa, de amizade, parentesco ou etc.

⁵⁰⁴ Luhmann se refere também à fórmula de contingência em outros sistemas sociais, como, por exemplo, escassez na economia, legitimidade no sistema político, limitacionalidade na ciência e Deus na religião. LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 tomos, 1997. (trad. La sociedad de la sociedad. México: Helder/Universidad Iberoamericana, 2007. Apud. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules... p. 223.

constitucionais, para a manutenção da consistência constitucional e da adequação social do direito, com vistas a reduzir as instabilidades e o fator surpresa das decisões, pois sempre analisa a sociedade como um todo, o que acaba por afastar tanto a absolutização de um modelo de regras ou ainda um de princípios.

Conclui-se que, como afirma Derrida⁵⁰⁵, o *Juiz Iolau* confronta-se com uma experiência do impossível, ou nas palavras de Marcelo Neves⁵⁰⁶, é a experiência com o improvável.

Deste modo, a questão de saber se a classificação entre princípios e regras se trata de uma demarcação frágil ou forte lhe parece equivocada, pois sustenta a possibilidade de “normas híbridas” que reúnem características de ambas as categorias, mas a questão por de trás da cortina é saber se é mesmo possível haver critérios e métodos tão claros que possam com inteligibilidade e perfeição realizar tal distinção, e se isso seria mesmo tão relevante⁵⁰⁷.

A necessidade de manter uma consistência jurídica implica recorrer às regras por intermédio de uma argumentação formal, entretanto como diversas vezes exposto, a adequação social se faz necessária e, assim, o argumento subjetivo com base em princípios também é necessário⁵⁰⁸.

Sob a ótica brasileira, a crítica reside na aplicação das normas e na falta de fundamentação coerente e suficiente quando da proclamação de decisões judiciais, e em consequência disso o surgimento de decisões em casos similares com fundamentações completamente diferentes e resultados opostos, o que gera uma insegurança jurídica e incerteza das metodologias aplicadas.

⁵⁰⁵ “A justiça é uma experiência do impossível” DERRIDA, Jacques. *Force de loi – Le “Fondement mystique de l’autorité”*. Paris: Galilée. 1994. Trad. *Força de lei – O “Fundamento místico da autoridade”*. São Paulo. Martins Fontes, 2007. Apud. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules...* p. 228.

⁵⁰⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules...* p. 227/228.

⁵⁰⁷ Devemos lembrar que a Ciência Dogmática do Direito, é uma ciência social, que muda com o tempo e em cada sociedade, e não podemos nunca pré-determinar com toda certeza todas as situações e conflitos que possam surgir, exigindo que por mais normas jurídicas que existam, estas devem conter um grau de abstração para que o intérprete faça a subsunção do caso as normas.

⁵⁰⁸ Grande parte das normas constitucionais apresentam uma indeterminação semântica e de conteúdo, salvo raras exceções.

A solução não é apresentada, até porque na construção interpretativa dos princípios é necessário o intérprete-juiz, mesmo que o legislativo promulgue normas orientadoras ou definidoras de sentido. A hipercomplexidade da sociedade impede essa rápida adaptação à constante evolução da sociedade, mas também é visível que conforme Häberle, numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, cabe ao juiz-intérprete fechar, em cada caso concreto, o sentido desses conceitos.

Nesse sentido tem se buscado cada vez mais uma solução que gere segurança jurídica, que afaste o “pamprincipiologismo”⁵⁰⁹, e consequentemente, a metodologia da ponderação discricionária e aberta como panaceia para solução de todos os conflitos entre normas de princípio.

4.3.6 Busca incansável pela segurança jurídica

Só existe segurança jurídica se o destinatário do direito conseguir compreendê-lo, isso ocorre somente quando o sistema jurídico for claro e determinável.

O cidadão que atuou no passado confiando no ordenamento jurídico não pode ser traído por este no presente, e para que isso possa acontecer há de se ter um sistema jurídico suficientemente estável. Isso decorre a exemplo da nossa Constituição Federal, que enumera certas situações que não podem ser modificadas ou alteradas, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada⁵¹⁰, proíbe a irretroatividade e garante uma série de situações consolidadas de direito e que de fato não podem ser alteradas pelo próprio direito⁵¹¹.

Outra questão a ser analisada é a expectativa do presente para o futuro. O indivíduo tem que ter mínimas condições de saber quais serão as consequências que lhe serão aplicadas no futuro (proibições e permissões), relativamente aos

⁵⁰⁹ Refere-se a um fenômeno marcado pela proliferação de princípios, que consolidam uma leitura equivocada do conjunto principiológico abarcado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em que os órgãos julgadores elaboram princípios *ad hoc* sem qualquer normatividade de forma discricionária. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵¹⁰ CF/88, Art. 5, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

⁵¹¹ Em sentido contrário: OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Almedina. Lisboa. 2007.

atos que ele venha praticar no presente. Para que o sistema jurídico possa ser minimamente previsível é preciso que haja regras de transição quando houver alguma modificação, bem como que essas modificações não sejam repentinas e tão pouco drásticas.

O contribuinte não pode ser pego de surpresa no exercício de suas atividades, quando do pagamento de tributos, ou em relação às regras da previdência pública, variação salarial, dentre inúmeros outros casos. A partir dessas considerações, poder-se-á avistar alguns motivos de tanta insegurança jurídica no Brasil.

Em relação ao presente, um grande problema é o excesso de normas, que são reeditadas com muita frequência em toda a escala hierárquica da legislação, gerando, especial incerteza de qual norma é válida. Soma-se a isso que a linguagem utilizada, por vezes, pelo legislador é conflituosa ou não suficientemente determinada, com muita vagueza, ambiguidade, de tal sorte, que fica muito difícil ao intérprete compreender com certeza aquilo que está disposto.

Naturalmente o Poder Judiciário brasileiro tem infelizmente colaborado com tal situação de incerteza, uma vez que, uma das funções do poder judiciário é eliminar essa ambiguidade e essa vagueza das normas jurídicas por meio de decisões, e que estas sejam estáveis, ou pelo menos coerentes entre si.

Ressalto que embora a linguagem utilizada pelo legislador possa em geral ser ambígua e as normas resultantes vagas, no sentido de não se saber em quais casos ela incide, quando existe uma decisão em um caso concreto, essa insegurança jurídica passa a diminuir substancialmente, contudo, se houver um conflito de interpretação muito grande no próprio judiciário, e se as decisões proferidas nos casos concretos foram alteradas por outras decisões, isso dificulta uma consolidação clara da posição adotada pelo órgão.

O que gera no cidadão comum uma grande preocupação, novas teorias têm surgido, em especial a atribuição aos termos legais de qualquer sentido, isso ocorre em razão da aplicação do sentido que melhor convém ao intérprete (e não a coletividade, ou a manutenção da integridade do sistema). De toda a sorte,

essa prática deságua na mudança constante da jurisprudência ao não se curvar as decisões já consolidadas, promovendo uma instabilidade avultosa.

Aquele que não sabe quais são as regras do jogo não pode jogar, hesita, não toma atitude. Essa influência nefasta se espalha por todos os sistemas, social, econômico, político, eleitoral, como se tem visto no Brasil.

É de fácil constatação que desde 1988 com a nova constituição, e especialmente a partir do século XXI, a judicialização da política tende a trazer a politização da justiça⁵¹². O fato é que o papel tradicional do Poder Judiciário, como fiscal da legalidade, ou guardião da legitimidade, acarretou um efeito colateral, qual seja a judicialização no tratamento de questões políticas ou político administrativas, o que em outras palavras, dá uma dimensão política à atuação desse Poder, que na concepção clássica deveria possuir total imparcialidade, ser neutro.⁵¹³

Sabemos que o papel contramajoritário dos Tribunais Constitucionais é importante para que não haja uma ditadura da maioria sobre as minorais, contudo, o que se critica é a extrapolação do papel garantidor desses tribunais quando não se respeita a harmonia e a separação de poderes.

A reestruturação do poder judiciário na constituinte de 1988 não era prioridade, e tão pouco houve grandes debates sobre o tema, entretanto, nessa omissa e silenciosa mudança, com a junção de diversos modelos, alguns incompatíveis entre si ou pelo menos desconexos, transformou profundamente o judiciário pós-constituição de 1988.

Duas grandes mudanças derivaram do *lobby* dos magistrados, que provém de um foco nas vantagens corporativas para a classe e não especificamente no aprimoramento da instituição⁵¹⁴, mas que do ponto de vista prático trouxeram melhorias. Podemos citar a autonomia financeira⁵¹⁵ e o provimento dos cargos

⁵¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

⁵¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo... p. 207.

⁵¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo... p. 218.

⁵¹⁵ CF/88 Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

dos juízes⁵¹⁶, tornando a instituição mais independente e imparcial, livrando os magistrados de deverem favores aos membros do executivo.

Outro ponto relevante foi a criação do Superior Tribunal de Justiça, ficando a cargo deste a interpretação do direito federal e a supremacia deste, e a cargo do Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade das leis e guarda da Constituição. Tal mudança aumentou a morosidade do trâmite judicial no Brasil, que já era um problema recorrente. Assim, o modelo brasileiro contempla quatro instâncias, que autorizam que qualquer processo que comece em primeiro grau, bata na porta do Supremo Tribunal Federal, nem que seja por meio de agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário.

Ademais, mesmo com a função primordial de julgar os litígios que decorram entre particulares, e aplicar de modo contencioso a lei para sancionar a conduta dos indivíduos, a nova Carta Constitucional incorporou o *due process of law*⁵¹⁷, juntamente com os princípios já utilizados como a ampla defesa e o contraditório⁵¹⁸, para que o juiz possa analisar sobre a razoabilidade da lei, bem como sobre a proporcionalidade dos encargos que acarreta, o que antes não poderia ser ponderado, sendo aquele somente a voz da lei.

Sob outro prisma, por força do art. 37 da Constituição, o magistrado teve seu poder ampliado sobre o controle da administração, verificando além da legalidade, a legitimidade dos atos praticados.

É visível que o conceito de um poder Judiciário neutro não se sustenta mais, o conceito clássico foi superado, assim como outros, por exemplo, o de soberania estatal. Resta-nos então descobrir se o modelo atual é produtivo, eficiente, eficaz, e conseqüentemente merece ser mantido, se na verdade o que resta necessário são meros ajustes, ou ainda, numa visão cética, uma total reformulação.

⁵¹⁶ CF/88 Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

⁵¹⁷ CF/88 Art. 5, inciso: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁵¹⁸ CF/88 Art. 5, inciso: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Como assevera Streck⁵¹⁹, atualmente, ronda entre nós o *bug* do milênio constitucional. Nossa constituição impera em pleno século XXI, mas o que nos parece é que os intérpretes brasileiros ainda continuam no século passado, não conseguem captar que, com o advento da “era dos princípios” decorrente de uma revolução paradigmáticas no direito, a ideia de que “princípios são valores”, são “mandados de otimização”.

O subjetivismo, a discricionariedade e tudo que lhe é pertinente não se encaixam nos moldes e na sociedade atual, se é que em algum momento passado houve esse encaixe ou acoplamento, haja vista que atualmente o constitucionalismo não pretende mais aceitar a criação de mais princípios. Seguir por esta metodologia é questionável e duvidoso, nas palavras de Streck: “bode vestido de smoking ainda é um bode”.

Por tais motivos, ao analisarmos a aplicação do direito no Brasil é clarividente uma doutrina utilitarista, consequencialista, na qual o que importa é o resultado ou ainda a vontade do poder⁵²⁰, e que os valores positivados se encontrem por meio de uma interpretação também de um ato da vontade.

Não é possível persistir nesse pragmatismo primitivo para justificar e fundamentar decisões judiciais, já que no apanhado de decisões, na “regra dos nove” o resultado não bate. Não existe ponto de convergência, não há um sentido único e unitário capaz de acomodar com integridade o que fora decidido.

O Direito não pode ser encarado apenas pelo prisma dos pensadores antigos. A sociedade hipercomplexa faz com que o sistema jurídico sofra irritações, que desencadeiam modificações internas. A exemplo do holocausto, o pluralismo e o declínio da busca pela concretude dos códigos, a corporificação de normas formalmente válidas que conduzem a respostas materiais absurdas são amostras de tais exacerbações.

O positivismo tentou erguer um sistema jurídico capaz de dar respostas lógicas às questões contemporâneas, principalmente às mais difíceis, infelizmente

⁵¹⁹STRECK, Lenio Luiz. Apontamentos hermenêuticos sobre o marco Civil regulatório da internet. In LEITE, George Salomão, LEMOS, Ronaldo (Coord.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas. 2014, p. 338

⁵²⁰ “*aWillezurMacht*”

falhou. A justiça impera como ponto crucial, deste modo, há de se fazer uma compatibilização entre a subjetividade imposta por ela com a segurança jurídica.

É nesse aspecto que o pós-positivismo, base do Neoconstitucionalismo, estrutura-se. Os valores presentes no sistema jurídico, por intermédio dos princípios, são balizadores da tomada de decisões, que visam sempre alcançar a justiça, e para tanto, o operador do direito, seja ele o juiz intérprete, ou ainda, a doutrina, busca fixar critérios lógicos e racionais para a tomada de decisões.

Como vimos, Dworkin apresenta a tese da única decisão correta, com regras no critério do tudo-ou-nada; Alexy prima pela otimização de princípios como mandamentos de otimização que podem ser realizados na maior medida do possível dentro das realidades fáticas e jurídicas existentes, compatibilizada com a lei da colisão e com os critérios de ponderação como uma pretensão de correção do direito. Marcelo Neves entende que um juízo moderado, ou seja, nem por regras nem por princípios, mas antes por um sistema que possa ser circular e que em cada caso concreto seja apresentado o sentido que se pretende, sem que com isso haja uma discricionariedade infundada, ou que não apresente coesão com o que já fora decidido, interpretado e esteja balizado pelos métodos interpretativos já utilizados, uma interpretação não *ad hoc*, mas sim categórica.

No nosso entendimento, talvez falte à doutrina e à prática brasileira uma melhor compreensão e estudo esmiuçado sobre a fórmula “refinada” de peso de Alexy, que aponta uma justificação lógica e argumentativa às decisões de ponderação e colisão de princípios, abandonando uma discricionariedade aberta e irrestrita do tribunal constitucional brasileiro, que adentra demasiadas vezes nas funções dos demais poderes, em especial num aspecto político e não jurídico.

4.3.7 Crítica ao funcionamento dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Outro ponto importante que devemos destacar é o ativismo judiciário que ultrapassa o protagonismo judicial implementado pelo Neoconstitucionalismo. Instrumentos como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, têm sido utilizados de forma eficaz, com decisões judiciais relevantes,

mas fogem da separação clássica dos três poderes, haja vista que o judiciário edita verdadeiras normas jurídicas em suas decisões.

Podemos citar como exemplo o julgamento realizado por intermédio dos mandados de injunção coletivos nos anos de 2007, que foram impetrados pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol)⁵²¹, Pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem)⁵²² e pelo Sindicato dos trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep)⁵²³. Todos esses mandados de injunção combatiam a omissão legislativa no que se refere ao art. 37⁵²⁴, inciso VII, da Constituição Federal, a respeito do direito de greve dos funcionários públicos.

Destaco em especial o MI 712, que teve relatoria do Ministro Eros Grau⁵²⁵, que prolatou o voto vencedor no sentido de conhecer o *Writ* constitucional e de aplicar a lei nº 7.783/89⁵²⁶ para sanar temporariamente a omissão legislativa. O objetivo era dar efetividade à norma esculpida no art. 37, VII da CF/88, pendente de ato normativo para sua concretude.

A grande divergência ocorreu por parte dos Ministros entenderem que o STF deveria garantir o direito de greve, mas sem estabelecer norma genérica a ser aplicada, ainda que de modo temporário, haja vista que a lei aplicada, por ser correspondente aos trabalhadores do setor privado, seria *prima facie*, inaplicável aos serviços públicos⁵²⁷. Restou ainda definido com base nas ponderações realizadas pelo Ministro Gilmar Mendes, que a aplicação seria temporária, contudo haveria a possibilidade de o juízo competente impor a observância de

⁵²¹ Mandado de Injunção 670

⁵²² Mandado de Injunção 708

⁵²³ Mandado de Injunção 721.

⁵²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁵²⁵ Diante do fato que diversas vezes, em casos anteriores, o STF apenas havia se limitado a notificar o Legislativo, que continuou em mora, o Ministro Relator fez a seguinte indagação: “presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?”.

⁵²⁶ Lei de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

⁵²⁷ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. 1ª Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2018, p. 55.

um regime de greve mais severo, diante dos imperativos de continuidade do serviço público e, sobretudo para aquelas atividades tidas como essenciais⁵²⁸.

Em relação ao MI 670 que teve como relator o Ministro Maurício Corrêa, este foi voto vencido à época, pois conheceu apenas em parte o mandado para certificar a mora do Congresso Nacional. Contudo, no voto-vista vencedor emitido pelo Ministro Gilmar Mendes, o entendimento vencedor foi no sentido de que deveria haver a aplicação da Lei 7.783/89 pelo tempo que subsistisse a omissão legislativa. Por fim, no MI 708, o Relator Ministro Gilmar Mendes manteve seu posicionamento anterior.

Sublinhamos em especial que no ano de 2017, o tema foi novamente enfrentado em sede de Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432, com repercussão geral reconhecida. Recurso este interposto pelo Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça que garantiu o exercício de greve aos policiais civis do referido Estado por inexistir vedação legal completa ao seu exercício de greve. Entretanto a decisão do plenário do Supremo reafirmou o entendimento acerca da inconstitucionalidade do exercício do direito de greve por parte de servidores públicos que atuam de modo direto na segurança pública.

Para fins de repercussão geral definiu ainda que: “a) O exercício de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública; e b) é obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil⁵²⁹, para vocalização dos interesses da categoria”.⁵³⁰

Dessa discussão, a divergência ocorreu entre o entendimento do Relator Ministro Edson Fachin que entendia que uma proibição completa do direito de greve inviabilizaria um direito fundamental, que apesar de não ser absoluto, não poderia ser vetado completamente. Em sentido oposto, o Ministro Alexandre de

⁵²⁸ Nesse sentido o Ministro Ayres Brito, acompanhando os votos do relator e de Gilmar Mendes vislumbrou a possibilidade de uma postura mais ativa já que não poderiam “responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão judicial de eficácia limitada”.

⁵²⁹ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 58.

Moraes entendia que a vedação poderia ser absoluta, de acordo com a leitura em conjunta dos art. 9, §1º, 37, VII e 144⁵³¹ da Constituição Federal, em relação às carreiras policiais, pelo seu caráter diferenciado, e ressaltou que nenhuma função privada pode se equiparar, haja vista que é sempre do Estado a garantia da ordem pública, função essencial para a manutenção da segurança pública e paz social, sendo o interesse público e social, e de características ímpares que justificam tamanha restrição, superiores ao interesse de greve das categorias.

Da análise dos casos acima, podemos verificar uma mudança paradigmática com relação à atuação do STF. Vez que antes apenas declarava a inexistência de norma e notificava ao Poder Legislativo, passou a apresentar uma alternativa legal temporária, a fim de o direito tutelado pudesse ser exercido mesmo que de maneira diversa da constitucionalmente exigida.

Como muito bem pontua Streck⁵³², em tempos de ativismo judicial é necessário que os limites hermenêuticos, principalmente em ambientes democráticos, que a decisão seja resultado da interpretação/aplicação de um texto geral e abstrato a uma situação particular e concreta, e não uma “invenção”, assim, dar respostas adequadas dentro das possibilidades textuais.

Obviamente que em sede de mandado de injunção esse limiar é sutil, de tal sorte, sempre o todo do fenômeno jurídico deve ser levado em conta na aplicação do direito, sempre haverá um conjunto normativo, regras e princípios no entorno daquela situação da qual é possível encontrar uma decisão.

Assim é necessário, conforme já demonstrado nos capítulos anteriores, que seja fundamentado com a maior clareza possível o lastro jurídico utilizado neste caso específico, devido à observância de tais condições. O judiciário não adentrou na esfera de competência legislativa, produzindo conteúdo de norma, já que seriam necessárias razões não jurídicas, e se assim o fizesse estaria decidindo para além do direito, mas levou em conta que já havia se chegado ao momento que

⁵³¹ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

⁵³² STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 61.

a omissão legislativa já era de fato uma omissão judicial, e assim omissão constitucional⁵³³.

Neste caso, contudo, ficou ofuscado o cerne da questão, ou seja, a competência para a discussão da matéria pelo legislativo, e sua inércia por longo período, acabou gerando acentuada e intensa interferência do Poder Judiciário, em especial do STF.

Outra interessante correlação com os casos acima apresentados, é que até 2016, inexistia lei regulamentar sobre o Mandado de Injunção, lei promulgada em 23 de junho de 2016, sob o nº 13.300. Deste modo, a inércia dos poderes Executivo e Legislativo em regulamentar a constituição proporcionou o ingresso de uma quantidade gigante de demandas constitucionais, em especial via mandado de injunção, as quais o STF deu interpretações que acabaram por tornar o instituto ineficaz, pois antes o papel do judiciário se restringia a declaração da mora dos outros poderes, mas com a decisão do MI 708 e com a atribuição do critério da analogia, decidiu suprir a omissão legislativa não somente para as partes envolvidas, mas também de forma generalizada⁵³⁴.

O questionamento é que desta forma há um fomento para o ativismo judicial no Brasil, já que partindo dessa premissa argumentativa, seja numa visão da Teoria do Direito com relação aos pressupostos democráticos e a Separação de Poderes, seja ao adequado manuseio da jurisdição constitucional na aplicação da técnica, é a não transformação do Judiciário em legislador.

Na linha de Streck⁵³⁵, acreditamos que o Mandado de Injunção tem muito a contribuir com o Estado Democrático de Direito, em especial em relação aos direitos fundamentais. Não se quer, no entanto, transformar o judiciário em administrador público, mas sim que a força normativa da constituição tenha eficácia, que a letra da lei não seja morta, principalmente partindo de uma Constituição compromissária e dirigente.

⁵³³ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 62.

⁵³⁴ Este é o entendimento que ratificado pela norma regulamentadora, que no seu art. 9 dispõe: Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 71.

Mas então qual seria o grande problema do direito contemporâneo brasileiro? É a efetivação. Nossa constituição e leis não passam apenas de mais texto em papel. Somente com um melhor engajamento da população é que poderemos sair desse *looping*, no qual o Legislativo e o Executivo não agem além dos interesses econômicos e de certos grupos de poder. O Judiciário, portanto, entrega as demandas sociais e o cidadão, cada vez mais, fica perdido e desamparado no meio desta baderna chamada presidencialismo de coalizão.

Deve existir limites para a interpretação jurídica. Podemos citar o *Habeas Corpus* 124.306, julgado em 2016, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁵³⁶, nos quais os pacientes foram presos em flagrante devido a manterem clínica de aborto, e à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126⁵³⁷ (aborto) e 288⁵³⁸ (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento dela”⁵³⁹.

Recorrendo a Montesquieu, Streck⁵⁴⁰ faz uma crítica apertada contra a decisão supracitada, pois “é de natureza da Constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, sua honra ou de sua vida”. Nessa linha e num Estado Democrático de Direito, aquele ente estatal que tem função de julgar casos sob a lei não deve criá-las.

A razão reside na pergunta: De que adianta discutir princípios, separação de Poderes, interpretação jurídica, se o Direito depende exclusivamente das preferências pessoais do juiz? Devemos então analisar três premissas: a) que não faz sentido algum permitir que decisões políticas sejam transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena de alienarmos nossa cidadania por completo, b) o poder jurisdicional dos juízes não tem qualquer legitimidade política, na medida em que não o recebem pelo voto popular, c) o Direito fracassou, pois não conseguiu criar uma teoria da decisão que possa impedir

⁵³⁶Habeas Corpus 290.341/RJ

⁵³⁷ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁵³⁸ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

⁵³⁹ Parte do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus 124.306/STF.

⁵⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 295/296.

que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios puramente privados.⁵⁴¹

Mas a análise do *Habeas Corpus* supracitado deve ser cumulada com o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54/DF ocorrida em abril de 2012, que discute a constitucionalidade da ausência de previsão, como excludente de ilicitude no Código Penal, da interrupção da gravidez de feto anencefálico, que por oito votos a dois, julgou a favor da descriminalização da hipótese.

O fundamento utilizado é que a “vida” de acordo com a teoria médica elencada só começa com a formação cerebral, e, portanto, não haveria vida em jogo, e sequer haveria tipificação penal⁵⁴². O Ministro Ricardo Lewandowsky foi coerente ao afirmar que não cabe ao judiciário promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem, são integrantes do Poder Judiciário e carecem da unção legitimadora.

A pergunta que se deve fazer é quais os limites da interpretação judicial e da intervenção do Judiciário nas decisões políticas? Como se percebe, anos mais tarde após o julgamento da ADPF 54, no julgamento do caso sobre a interrupção de gravidez de feto saudável com até três meses de gestação, o Judiciário ultrapassou seus limites, alavancando o ativismo judicial.

⁵⁴¹ Em sentido diverso Thamy Pogrebinshi, discorre sobre o tema: “Uma das formas possíveis de fortalecimento da democracia representativa pode encontrar-se no crescimento do papel das cortes constitucionais. Ao contrário de esvaziar o Poder Legislativo em sua função institucional ou de valer-se de um suposto vazio normativo por ele deixado a fim de desenvolverem-se, as cortes constitucionais podem ser tomadas como propulsoras da representação política, ampliando-a para além de sua forma moderna e de suas manifestações tradicionais. Em outras palavras, o crescente papel institucional das cortes constitucionais pode ser concebido não como ameaça à representação, às instituições representativas ou à democracia; mas, ao contrário, como um sinal de que a primeira precisa ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida.” E conclui: “Para além de serem compreendidas como instituições políticas representativas, as cortes constitucionais, não obstante seu suposto caráter não majoritário, decorrente do fato de não serem instituições eleitas pelo voto popular, e não obstante seu suposto caráter contramajoritário, decorrente de sua competência para invalidar normas promulgadas pelo Poder Legislativo como expressão soberana da vontade da maioria que o elegeu, devem servir, na democracia contemporânea, como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho do Poder Legislativo”. POGREBINSCHI. Thamy. *Judicialização ou representação? Política, Direito, e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, Konrad AdenauerStiftung, 2011, p. 165/183.

⁵⁴² Importante ressaltar que o Ministro Gilmar Mendes considerou que há vida em questão, e de tal modo, seria aborto, mas que para ele o fato já estaria compreendido entre as causas de ilicitude, apenas não positivada porque “inimaginável para o legislador de 1940”, recorrendo a uma interpretação teleológica e histórica.

No voto do Ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* 124.306/RS, ele se utiliza do princípio da proporcionalidade e da ponderação, realizando uma simplificação da teoria de Alexy, com parâmetros que não traduzem coerência e integridade institucionais do Direito, já que o fundamento central do seu voto seria “a vida potencial do feto” em face de “diversos direitos fundamentais da mulher”, feita em nome do “princípio da proporcionalidade” da teoria de Alexy.

Verifica-se que o “princípio da proporcionalidade” foi utilizado de maneira equivocada. O item 4.3 do trabalho confirma que na teoria de Alexy, a proporcionalidade é uma máxima utilizada como método de aplicação entre colisão de princípios⁵⁴³, sendo este somente o critério para aplicação quando da colisão entre princípios, não sendo ela um princípio. Mais ainda, conforme a fórmula de peso “refinada”: “Quanto mais pesa uma interferência em um direito constitucional, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes”⁵⁴⁴. O que foi totalmente desconsiderado.

Em segundo, os tipos penais do art. 124 como o do 126⁵⁴⁵ são regras e, deste modo, aplicam-se por meio de subsunção nos moldes de Dworkin, tudo-ou-nada, não sendo possível a ponderação de regras, somente de princípios. Ainda que se imaginasse que as regras das quais se questiona a constitucionalidade, por estarem sob o manto do princípio constitucional da proteção a vida, entrassem em colisão com “diversos direitos fundamentais da mulher”, seria necessário utilizar a máxima da proporcionalidade, em suas três submáximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para resolver a colisão, e que deveriam ser aplicadas de maneira subsidiária e em ordem: primeiro adequação, segundo necessidade e por fim proporcionalidade em sentido estrito⁵⁴⁶.

⁵⁴³ “Máxima da Proporcionalidade”.

⁵⁴⁴ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics... p. 514

⁵⁴⁵ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

⁵⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios... p. 205/220.

Streck⁵⁴⁷ critica fortemente a fundamentação realizada pelo Ministro, já que este aponta “duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no Brasil, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro”. O argumento sustentado por Streck é que no Brasil ocorrem mais de 60 mil homicídios por ano, e se utilizássemos o mesmo argumento válido para os demais crimes contra a vida? Não se deve medir os meios para a adequação da obtenção dos fins por seu grau de efetividade social, pois logo a própria noção de norma jurídica “iria por água abaixo”, na medida em que a sua concretização ficaria à mercê das condições contingenciais e aleatórias.

Não se pretende dizer que a mulher não tem direitos sexuais, reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica, além de que deve ser tratada com igual consideração e respeito. O que se pretende é discutir o papel do judiciário e dos três Poderes, a utilização de argumentos utilitaristas como geração de despesas e custos para o sistema de saúde são de base política, o que leva a argumentos contingenciais e inevitavelmente à arbitrariedade. Inclusive não se expôs sequer o critério de “três meses” estipulado no voto, por que não dois, quatro, sete meses de vida? Qual a fundamentação científica para especificação desse prazo? Para muitas teorias, a vida começa com a formação das ondas cerebrais, as quais já ocorrem na oitava semana de gestação, ou seja, no segundo mês, o que contrariaria a decisão proferida na ADPF 54.

Não bastasse, primeiro decide-se e depois fundamenta-se, esses argumentos nada mais são que a subjetividade ideológica do juiz que encontra resguardo para poder decidir conforme suas preferências pessoais⁵⁴⁸. O direito é deontológico, trabalha com o dever-ser, não com argumentos políticos, pois se assim fosse, como garantir a possibilidade de aborto pelo SUS ou convênios suplementares, quando os atendimentos são extremamente demorados, ultrapassam o limite dos “três meses”, demorando até seis meses⁵⁴⁹ para ocorrer

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 299.

⁵⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos... p. 301.

⁵⁴⁹ Nesse sentido matéria veiculada no Globo: “O tempo de espera está ficando longo para mais pessoas pelo que diz a pesquisa: 45% dos pacientes que foram ouvidos e disseram que estavam na fila do SUS já aguardavam há mais de seis meses por uma consulta, um exame ou, até mesmo, uma cirurgia. Para 29% dos pacientes, a situação era ainda pior: para eles, a demora passava de 12 meses. Quatro anos atrás não tinha tanta gente esperando tanto tempo assim”.

após o agendamento, haja vista que a descoberta da gravidez ocorre geralmente no segundo mês, quando não em estado mais avançado, a realidade prática da solução nunca seria obtida no atual sistema.

Verificamos assim, que em que pese possa haver fundamentação jurídica para a decisão. Nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes⁵⁵⁰, a competência para realização de normativas é exclusiva do Poder Legislativo, pois cada um tem seu papel na democracia, as decisões devem ser harmônicas e coerentes entre si, promovendo a segurança jurídica do sistema.

Outrossim, por se encontrar num determinado contexto social, somente o direito, somente a lei não passa de um pedaço de papel, ou num mundo digital de mais um *byte* perdido num emaranhado de redes. É de suma importância que além da existência de uma normativa jurídica sejam tomadas outras medidas que possam trazer eficácia, que perpassam desde uma organização institucional até o cumprimento pelos indivíduos, já que princípios e direitos não são, enquanto normas obrigatórias, ponderáveis, deste modo, e apenas assim, será possível alcançar a plena efetivação do direito.

4.4 O Congresso Brasileiro

O Poder Legislativo Federal no Brasil é representado pelo Congresso Nacional, composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, segue a tradição constitucionalista brasileira pela opção bicameral, nos casos de sessão conjunta o presidente do Senado presidirá a sessão.

As atribuições do Congresso Nacional estão dispostas nos artigos 48 a 50 da Constituição Federal de 1988, que fixam competências legislativas e competências exclusivas de ordem política.

O Congresso Nacional está organizado num órgão plenário e em comissões temáticas, possuindo mesas diretivas que organizam as sessões, aceitando,

Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/06/marcas-consulta-com-especialista-e-o-maior-problema-no-sus-diz-pesquisa.html>> Acessado em 04 abr. 2019.

⁵⁵⁰ Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes considerou que há vida em questão e, portanto, trata-se de aborto, contudo, esta hipótese já estaria compreendida entre as causas de exclusão de ilicitude, apesar de não positivadas porque inimaginável para o legislador de 1940.

rejeitando ou adiando propostas e requerimentos, através de seus respectivos presidentes que têm o poder diretivo de cada casa.

Devido ao sistema político presidencialista de coalizão, na tripartição dos poderes, entre o Poder Judiciário liderado pelo STF e o Poder Executivo encabeçado pelo Presidente da República, o Poder Legislativo esteve enfraquecido entre os períodos de 1995 até 2016, principalmente devido a grande fragmentação político partidária e a degradação político-ideológica de seus membros, que na busca de seus interesses, sejam eles pessoais ou de suas respectivas bancadas, ou “currais”⁵⁵¹ eleitorais, atuavam como verdadeiros “lobbystas”, ora fomentando a rápida aprovação de projetos de leis, e em outros momentos como obstrutores.

Por tais questões a demora na atividade legiferante, na qual é necessário um trabalho hercúleo na troca de votos e arranjos para aprovação de qualquer projeto de lei que não esteja na mídia ou que renda votos na próxima eleição, ou ainda que não fora aqueles que o Chefe do Executivo estivesse encabeçando pela concessão de emendas parlamentares⁵⁵², ou por intermédio de Medidas Provisórias, deixou o choque de interesses cruzados levar a morosidade e por vezes a estagnação no processo legislativo.

Ou ainda pelo ativismo do Supremo Tribunal Federal, que como vimos, prolatou decisões que constituem verdadeira normativa jurídica, em substituição do processo legislativo.

Pelo exposto é que com o recente processo de *impeachment* em 2016 da Presidente Dilma Rousseff e o desenvolvimento de novas comissões parlamentares de inquérito, o Poder Legislativo tem tentado retomar seu

⁵⁵¹ A par das coligações parlamentares, grupos de interesses eram formados, ou entorno do Presidente da República, ou entorno dos chefes das bancadas, ou dos estados nos quais foram eleitos, sem contar nas bancadas informais, que defendem bandeiras específicas como a segurança pública (Bancada da bala), das matérias ligadas ao modo de vida dos indivíduos ou de sua opção sexual (Bancada Evangélica e Bancada LGBTQI+), outras econômicas (Bancada Ruralista ou Bancada Empresarial).

⁵⁵² Art. 165, 166 e 168 da CF/88, podendo ser impositivas e individuais que podem corresponder até o limite de 1,2% da receita corrente líquida constante na Lei Orçamentária Anual, as impositivas de bancada, que podem emendar até 1% da receita líquida constante na LOA, e as emendas diversas que seguem a regra da Lei Complementar 101/2000 denominada Lei de Responsabilidade Fiscal. Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. São Paulo: RT, 2014.

protagonismo político perdido, mesmo que membros de ambas as casas estejam em diversos procedimentos judiciais que envolvam os já citados “mensalão”, “Lava-Jato” e outros ilícitos ligados à corrupção.

4.4.1 Câmara dos Deputados.

No Brasil a Câmara dos Deputados é composta por 513 Deputados Federais eleitos por sufrágio universal, com mandato de 4 anos, através de uma forma de escrutínio proporcional segundo o quociente de Hare e lista aberta com características específicas que levaram à pulverização partidária. Em 2014 havia mais de 28 partidos com representação parlamentar, sendo o PMDB o partido com o maior número de representantes. Já no ano de 2018 conseguiram eleger para sua representação na Câmara dos Deputados, 25 partidos, sendo o Partido dos Trabalhadores com maior número de deputados (52), ficando à frente do PL (42) e do PSL (41) antigo partido do Presidente da República⁵⁵³.

Em conjunto com o Senado, a Câmara dos Deputados exerce o poder de emendar a Constituição Federal, bem como da atividade legiferante do país. Detêm competência para abrir processos de *impeachment* contra o Presidente da República, Ministros de Estado, ministros do STF e titulares de altos cargos públicos, os quais prosseguirão para o Senado após deliberação pela procedência. No plano político, deve proceder com a tomada de contas do Presidente da República quando não apresentadas no devido prazo e a eleição dos membros do Conselho da República.

Tem poder de polícia para sustar atos do poder Executivo, fiscalizar a sua atividade, reverter o veto presidencial o qual será apreciado em sessão conjunta dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores⁵⁵⁴. Se o veto não for mantido, será o projeto enviado para promulgação, ao Presidente da República.

⁵⁵³ O atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro foi eleito à presidência pelo Partido Social Liberal (PSL), ao qual foi filiado até novembro de 2019, até o presente momento (01/07/2020) encontra-se sem partido e com requerimento perante o TSE para criação de um novo partido, o Aliança pelo Brasil.

⁵⁵⁴ Art. 66, §4º e 5º da CF/88.

4.4.2 Senado Federal

O Senado Federal tem suas atribuições privativas elencadas no art. 52 da Constituição Federal de 1988 e compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário⁵⁵⁵. Possui 81 Senadores sendo 3 referentes a cada estado brasileiro, eleitos por voto distrital em círculos uninominais, com mandatos de 8 anos⁵⁵⁶, sendo que em uma eleição são eleitos 2 representantes, e na subsequente 1 representante, já que ocorrem eleições de 4 em 4 anos.

Da mesma maneira que na Câmara dos Deputados, também ocorre no Senado uma pulverização partidária, após as eleições de 2014, possuíam representação 18 partidos políticos, já na eleição de 2018, possuem representação 16 partidos políticos. Arranjos políticos para coligação em torno de certos candidatos “chaves”, personalização das campanhas e o diferente peso partidário nas diversas regiões do país, contribuem para esta formação mitigada.

Dentre as competências do Senado, além da atividade legislativa ordinária e da propositura de Emendas Constitucionais, pode processar e julgar o procedimento de *Impeachment* do Presidente e do Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade⁵⁵⁷, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas, que neste caso terão sua sessão presidida pelo presidente do STF, o que acarreta a destituição do cargo e a inibição temporária de desempenho de cargos públicos⁵⁵⁸.

Não obstante, compete ao Senado ratificar a nomeação como citado, de titulares de altos cargos pelo Presidente da República como Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, presidente do Banco Central, embaixadores, dentre outros. Ainda pode autorizar operações externas de natureza financeira e impor limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo

⁵⁵⁵ Art. 46 da CF/88.

⁵⁵⁶ Somente os Senadores possuem mandato em período maior que 4 anos, todos os outros cargos políticos atualmente possuem mandatos de 4 anos.

⁵⁵⁷ Art. 85 da CF/88.

⁵⁵⁸ O que não ocorreu no caso do impeachment da Presidente Dilma Rousseff que mesmo destituída do cargo, teve seus direitos políticos preservados, podendo então concorrer a uma vaga no Senado em 2017 pelo estado de Minas Gerais, contudo, acabou ficando em 4º lugar.

Tribunal Federal em controle concreto; aprovar a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; eleger membros do Conselho da República.

Sua composição demonstra de um modo geral membros mais qualificados que os da Câmara dos Deputados, devido possuir poderes mais relevantes, o que ficou registrado quando da análise das discussões intelectuais e técnicas travadas no processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016.

4.5 Interpretação e instituições, uma verificação do problema do sistema político brasileiro.

As instituições judiciais passam por uma mácula, um cenário preocupante. Eduardo Vera-Cruz Pinto⁵⁵⁹ assevera que impera uma insensibilidade para a justiça, para uma sociedade que a cada dia se encontra mais à margem dos problemas enfrentados, que resultam quase sempre em situações de injustiça.

No Brasil, apesar do inúmero quadro de bacharéis em direito⁵⁶⁰, o que denota o paradoxo, se antes existia uma dificuldade no acesso à informação, a crise democrática de hoje tem pilares originados na incapacidade de reflexão da população, de um sistema jurisdicional consensual com a atual conjuntura, fundado na expansão de diferentes interesses e valores pessoais em detrimento da coletividade, que tem enfraquecido o sistema político que se apresenta em crise especialmente com a Justiça⁵⁶¹.

António Pedro Barbas Homem ensina que devemos interrogar sobre o método da justiça empregado perante esses elementos normativos e institucionais, a saber, se esses elementos próprios da situação atual importam uma metodologia

⁵⁵⁹VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. Curso de Direito Romano Volume I. 1ª Edição. Lisboa: Princípia Editora, 2012.

⁵⁶⁰ Ministério da educação, no censo de 2015, apontou que existem 1172 cursos de direitos ativos no Brasil, no qual estão distribuídos 853.111 estudantes, ao passo que no ano de 2016, se formaram 105.324 bacharéis em direito. Ressalta-se ainda que em levantamento realizado o Brasil possui o 3º lugar no mundo com o maior número de advogados, perdendo somente para Índia e EUA. E que em 2017 no curso de direito em todo o Brasil houve 879.234 matrículas. INEP 2017. Disponível em: <http://portalods.com.br/publicacoes/censo-da-educacao-superior-2017/>. Acesso em 13 abr. 2019.

⁵⁶¹BARBAS HOMEM, António Pedro. Introdução. In O debate da Justiça: Estudos sobre a crise da Justiça em Portugal. GOUVEIA, Jorge Bacelar. BARBAS HOMEM, António Pedro. Organização. Lisboa: Vislis Editores, 2001, p.8.

específica do decidir justamente. O problema enfrentado é, portanto, não apenas o de conhecer a essência do justo, mas o de conhecer os pressupostos para não decidir de modo injusto.⁵⁶²

A Crise do Direito e da Democracia se espalha na realidade brasileira. Nem os próprios operadores do direito sabem os conceitos de Justiça, quiçá, de Direito. Os estudos realizados dos clássicos, como abordado neste trabalho, que são de suma importância para desenvolver a capacidade crítica, não são mais relevantes. As bases teóricas da filosofia, da história, da ciência do direito não importam mais.

O sistema judiciário se encontra articulado de maneira instrumental, de modelos prontos e acabados, que por reiteradas vezes, julgado após julgado, promove injustiças, num *loop* infinito que precisa ser rompido.

Qual a saída? Qual o caminho a seguir? O mundo globalizado e tecnológico ainda demanda o ensino de modelos e fórmulas prontas e acabadas, que qualquer robô possa realizar após se inserir um código de comando. Ou por outro lado, devemos nos voltar para aquilo que somente, pelo menos pelo atual avanço tecnológico, o Ser Humano pode fazer, que é pensar, inventar, filosofar.

Formar instrumentistas, profissionais robôs, não pensantes, mecânicos, não ajudará a nos afastarmos da crise.⁵⁶³ Devemos promover a pesquisa, a produção científica, a interação e reflexão da comunidade que se encontra tão distante hoje, presa numa dicotomia, esquerda/direita, ilícito/licito, ilegal/legal, negativo/positivo, que definem o atual panorama do ensino em todo o Brasil, especialmente o jurídico.

Por isso é importante lembrar-se das lições do professor Barbas Homem sobre a importância do pensamento histórico crítico, já que para ele uma época marcada pelo declínio do dogma acadêmico, e de certo modo, o fim do mote da cultura pela cultura, da produção como citamos, de profissionais instrumentistas, e não na busca pelos fins clássicos da educação cultural do homem; devemos

⁵⁶²BARBAS HOMEM, António Pedro. O Justo e o Injusto. Lisboa: AAFDL Editora. Reimpressão, 2017. p.11.

⁵⁶³NALINI, José Renato. O ensino da justiça (ou a renovação da docência jurídica). In 180 anos do ensino jurídico no Brasil. CERQUEIRA, Daniel Torres de. CARLINI, Angélica. FILHO, Carlos de Araújo Almeida. Organização. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 286

lembrar-nos da herança do iluminismo e valorizar a história e a razão. Este é o papel dos cientistas da história, demonstrar a utilidade e a necessidade do seu conhecimento para compreender e poder agir no presente e moldar o futuro.⁵⁶⁴

No país que possui o curso de bacharelado em Direito como o que detém maior número de ingressantes por ano, é essencial que se busque problematizar o justo, moldar o aplicador do direito com uma formação humanística que é relegada às primeiras matérias dos primeiros semestres, mas que por vezes, encontram alunos totalmente despreparados, vindos de uma educação básica árida e desfavorecida.

Apresentar tão denso material de cultura e reflexão demanda que as matérias não sejam aplicadas completamente desassociadas, para que surtam os efeitos pretendidos. É preciso que o ensino dessas importantíssimas matérias seja feito de forma profunda e interligada, interconectada e até mesmo injetada nas demais disciplinas ditas jurídicas, por intermédio de uma ligação transversal, perpassando por todas elas durante todo o curso.

Barbas Homem sublinha que é necessário interpretar os textos relevantes da filosofia do direito à luz do direito efetivamente vigente em cada época e da ciência do direito teorizado pelos seus cultores⁵⁶⁵. A crise do direito natural resultou também da circunstância de ter faltado um consenso cultural em torno da noção e do conteúdo dos direitos naturais.

O positivismo dominante criou um ambiente intelectual no qual é impossível pensar que o direito não fosse resumido ao direito do Estado, nem que as instituições pudessem, no quadro da sua autonomia própria, criar um ordenamento jurídico próprio e autônomo.

É com a análise da história, do espaço que está inserido, do local específico de sua aplicação e com um conjunto de características que se devam moldar a realidade do ambiente que o cidadão deve perceber o Direito, pois só assim,

⁵⁶⁴BARBAS HOMEM, António Pedro. Sobre o Ensino Jurídico-Histórico na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque: Volume I. MIRANDA, Jorge. Organização. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.183.

⁵⁶⁵BARBAS HOMEM, António Pedro. O Pensamento Jusfilosófico de Manuel Gomes da Silva, in Revista Estudos Filosóficos nº 14/2015. São João del Rei. 2015,p. 145/160

poderá refletir e ultrapassar as atratividades, que são importantes, mas cegam os aplicadores do direito.

Atualmente o que se percebe no Brasil é uma anacronia, uma característica do velho positivismo tão marcante do século XIX. Uma busca pela volta de uma legislação plena que contemple todos os aspectos da vida em sociedade, que como já pontuado neste trabalho, em sociedades hipercomplexas, em rede, é impossível. Nenhuma legislação pode ser aplainada para abordar todos os aspectos da vida moderna por mais extensa que seja.

A importação de modelos prontos não resolverá corretamente as nossas demandas tão específicas. Nossa Constituição possui um rol extenso de direitos fundamentais e sociais e mesmo assim se insiste na busca de valores escondidos nessa mesma Constituição tão prolixa.

Por quais motivos é necessária a criação de novos princípios, de leis infraconstitucionais principiológicas que só repetem o que por vezes já está expresso em nosso texto constitucional.

Isso se deve ao conceito de princípios empregados pelos intérpretes constitucionais, que são utilizados como álibis para sustentar decisões pontuais e não pretendem estabelecer, como já dito, uma interpretação categórica, mas sim *ad hoc*.

A ponderação de acordo com a teoria clássica de Robert Alexy se encontra ultrapassada, pelo menos no caso brasileiro, como um porto seguro para a solução de conflitos, ou ainda que a crença no enquadramento por meio de súmulas ou decisões paradigmas, ou seja, que decisões prontas possam ser a panaceia para uma multiplicidade de novos casos.

Como dito anteriormente, a própria teoria dos direitos fundamentais de Alexy, já foi revista e “refinada”, devido às inúmeras críticas que sofreu ao longo dos anos. Seu autor, por intermédio de uma análise pontual, já detém uma nova fórmula de peso que responde às críticas feitas e consegue entregar decisões fundamentadas em argumentos sólidos.

O pamprinciologismo, ou uma lei com características pamprinciológicas, transfere a interpretação ao judiciário, inflando e estimulando o protagonismo

judicial, o que macula o sistema como um todo. Somado a isso, a falta de reflexão sobre a legislação e o caso concreto leva que haja apenas uma repercussão do que já está consolidado na jurisprudência dos superiores tribunais brasileiros, escrevendo tão somente aquilo que os tribunais já revelaram sem análise crítica que cada caso concreto merece.

O papel de interpretação não deve ficar apenas outorgado e atribuído ao judiciário. É papel de todos os aplicadores do direito, inclusive da doutrina e dos cientistas do Direito, estabelecer com mais clareza a diferença entre as regras e princípios, principalmente perante as novas situações advindas do limiar do século XXI⁵⁶⁶.

Esperar que somente os Tribunais ou o Supremo Tribunal Federal o faça, que somente eles possam dizer o que é o direito, é um risco que há algum tempo já se põe a nossa presença, que poderá no futuro nos trazer diversos inconvenientes.

Eros Roberto Grau⁵⁶⁷, no mesmo sentido, fala sobre o caráter alográfico do direito. Utiliza como metáfora a música, ao sublinhar que o músico ao executar uma peça interpreta a linguagem musical expressa nas partituras de maneira que reproduz algo que será objeto da compreensão de alguém. Do mesmo modo, o jurista ao interpretar o texto da lei reproduz no caso concreto as possibilidades de decisão dali decorrentes.

Lenio Streck⁵⁶⁸, em sua teoria Crítica Hermenêutica do Direito, pontua que essa interpretação não pode ocorrer de forma automática, muito menos ser automatizada, pois envolve o caráter intelectual do intérprete em sua aplicação. Conclui que o direito não possui respostas antes das perguntas. As normas possuem uma qualidade abstrata e geral, que advém da facticidade do mundo

⁵⁶⁶ Sob pena de com receio da perigosa loteria hermenêutica, conforme demonstra Carlos Eduardo Elias de Oliveira, os operadores do direito se manterem na sua atividade constitucional de interpretar e inclinar-se ora a prolatar pareceres inconclusivos ou abertos, ora a adotar interpretações bem restritivas, burocratizantes e censuradoras de atos administrativos, pelo medo de serem posteriormente impugnados e sofrerem sanções pesadas. Cf. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal: TCU ou órgão correccional próprio. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24056>. Acesso em 31 de maio de 2018. Publicado em abril de 2013.

⁵⁶⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26-27.

⁵⁶⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

hipercomplexo. A interpretação é explicação do mundo compreendido e não o modo como devemos compreender.

Se o poder judiciário ultrapassa seus limites de poder, ocorre uma destruição da liberdade política. Se o poder judiciário usurpar o poder legislativo, isso levará consequentemente ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz o juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O poder judiciário e o poder legislativo, nas mãos de um titular exclusivo, conferem ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política⁵⁶⁹.

4.6 O Efeito *Backlash* como resposta dos outros Poderes ao “ativismo judicial”

Richard Posner⁵⁷⁰, professor da Universidade de Chicago, na obra *How judges think*⁵⁷¹, discorre sobre a tomada de decisão por juízes e como os processos podem ser obscuros e parciais em alguns casos, tomando principalmente por base o argumento que as instâncias constitucionais devem ser vistas enquanto instituição política.

⁵⁶⁹ BONAVIDES. Paulo. Ciência Política... p. 150.

⁵⁷⁰ Posner é um dos principais autores da corrente de pensamento denominada realismo jurídico ou pragmatismo jurídico nos EUA. Em sua obra afirma que os *appellate judges* (juízes de instâncias recursais), frequentemente atuam com liberdade e poder discricionário, fugindo da norma jurídica positivada, se tornando *ocasional legislators* (legisladores ocasionais). POSNER. Richard A. How judges think. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2010, p. 13.

⁵⁷¹ Como pensam os juízes, tradução livre do inglês.

Flávio Martins⁵⁷² afirma que o “ativismo judicial” teve início nos Estados Unidos⁵⁷³, na jurisprudência da Suprema Corte⁵⁷⁴. Para ele ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Essa atuação poderá ocorrer de três maneiras, primeiramente com a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos prolatados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição⁵⁷⁵, segundo pela imposição da prática de atos ou abstenções ao Poder Público relacionado às políticas públicas, e terceiro pela aplicação direta da Constituição a situações não descritas na legislação vigente, mesmo sem a manifestação do legislador ordinário⁵⁷⁶.

⁵⁷² MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional... p. Cap. 1.2.5.1

⁵⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 explica: “as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coach v. Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente na década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973) produziu jurisprudência progressiva em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973)”.

⁵⁷⁴ Conforme o Dicionário Cambridge Online, *backlash* significa “*a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics*”, ou ainda, um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou política. Tradução literal. Cf. Cambridge Dictionary. (Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em: 20 abr. 2019)

⁵⁷⁵ No RE 635.659, o Min. Gilmar Mendes (relator) declarou inconstitucional o artigo 28, da Lei 11.343/06 (lei de drogas), utilizando como fundamento “o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem”, afirmando que “deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação”.

⁵⁷⁶ Sobre o tema Cf. MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 2ªed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2018. Cap. 1.2.5 diz: “Trata-se de um fenômeno crescente no Brasil, que recebe o nome de “eficácia horizontal imediata ou direta” dos direitos fundamentais. Assim, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu ser aplicável, em alguns casos, normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais às relações privadas. Por exemplo, no RE 201.819, relatado pela Min. Ellen Gracie, o STF decidiu que, para se excluir um associado de uma associação, deve-se respeitar o contraditório e a ampla defesa (“As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. (...) O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência de vínculo associativo para o exercício profissional dos seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa”).

Deste modo, há que se fazer uma diferenciação entre ativismo judicial e maior protagonismo do Poder Judiciário ou ainda judicialização da política, pois este último é consequência direta e natural do Neoconstitucionalismo, já que como guardião da Constituição as Supremas Cortes têm o dever de garantir sua força normativa.

Como já citado, o “ativismo” é o exagero, a usurpação do judiciário sobre os outros poderes. Consequentemente, enquanto este viola a separação dos poderes, o maior protagonismo do Poder Judiciário, balanceia a relação, utilizando da técnica de freios e contrapesos, com avanços na implementação de direitos fundamentais, na execução de sua função contramajoritário, assegurando direitos fundamentais de uma minoria ainda que contra a vontade majoritária.⁵⁷⁷

Neste ponto, a objeção de que o Supremo Tribunal Federal não tenha uma legitimação representativa, não subsiste, pois num Estado Democrático todo poder é representativo e a jurisdição constitucional é um espaço para a legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo de contraponto e complemento, mas como amplamente debatido, dentro dos limites constitucionais.

Diante disso, em alguns casos surge o chamado “efeito *backlash*”, que corresponde a resposta a decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente

⁵⁷⁷ Jorge Reis Novais aponta a tensão existente entre o princípio democrático e o Estado de Direito, que dá ensejo à função contramajoritário do Poder Judiciário (sobretudo do Tribunal Constitucional): “(...) essa tensão verifica-se porque a maioria no poder (mesmo pressupondo que tal poder teve origem e legitimação democráticas) pode ameaçar os direitos fundamentais. Pode ameaçá-los de forma sistemática e até teorizar essa atitude de hostilidade ou, no mínimo, de funcionalização/instrumentalização dos direitos fundamentais. Foi o que ocorreu no Estado autocrático do século XX (de matiz conservadora ou de matiz anticapitalista, nos momentos em que o regime invoca o apoio majoritário da população para proceder a violações sistemáticas dos direitos fundamentais). NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 21.

O STF já afirmou possuir “função contramajoritário”, por exemplo, no RE 477.554 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Melo, julgamento: 16.08.2011: “A função contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritário, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado”.

de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico controlá-lo⁵⁷⁸.

Temos diversos exemplos na recente história brasileira. Podemos citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.983, que regulamentava a vaquejada⁵⁷⁹ através da Lei Estadual cearense 15.299/2013, que foi declarada inconstitucional por considerar tal prática esportiva e cultural uma espécie de crueldade aos animais.

A decisão judicial causou forte alvoroço social, devido sua ampla difusão social e por prática estar presente na cultura do sertanejo brasileiro, o que culminou numa reação política com a edição da Emenda Constitucional n. 96/2017, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”.

Outra medida que ainda está em fase de aprovação é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 181/2015) em Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que busca alterar o artigo 5º da Constituição Federal para tutelar a vida “desde a concepção”, pois busca claramente restringir as hipóteses de aborto, inclusive para as atuais hipóteses de aborto legal. Isso decorre da

⁵⁷⁸ George Marmelstein discorre o processo por de trás do efeito nas jurisdições constitucionais: (a) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (b) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (c) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (d) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (e) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (f) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, é aberto um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão”. Cf. MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net>> Acessado em: 25 abr. 2019.

⁵⁷⁹ A vaquejada consiste na ação que envolve soltar um bovino em uma arena e dois cavaleiros, ou “vaqueiros” a cavalos tentam derrubar o animal, puxando-o pela calda em espaço pré-determinado e no tempo mais rápido.

decisão do já citado HC 124.306/RJ que entendeu ser atípico o aborto se realizado até o terceiro mês de gestação.

Para Flávio Martins⁵⁸⁰, o efeito *backlash* é uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária, já que em certos julgamentos a maioria, inconformada com a decisão, reage social, política e juridicamente contra a decisão. Martins ainda aponta que o efeito *backlash* já foi abordado pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade ADC 29/DF e na ADI 4.578/DF, ambas de voto do Ministro Luiz Fux⁵⁸¹.

De mesmo modo, podemos citar algumas leis que já foram aprovadas e se encontram em vigor, que apesar de não corresponderem na completude do termo aqui citado – efeito *backlash* – demonstram que o Legislativo e o Executivo têm trabalhado para dar uma contra resposta ao ativismo judicial.

Dentre elas, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 representa um marco, principalmente por ser o primeiro código processual aprovado em um regime democrático⁵⁸², sendo orientado de acordo com a Constituição de 1988, que dentre outros aspectos pugna pelos princípios da boa-fé processual, pela busca da dignidade da pessoa humana e pelo equilíbrio entre celeridade processual e a segurança jurídica. A sistemática aplicada ao Novo Código busca atender anseios não só da comunidade jurídica, mas da sociedade em geral, principalmente em relação às garantias constitucionais e à segurança jurídica.

Cabe destacar o incidente de resolução de demandas repetitivas disposto no art. 976⁵⁸³, a obediência aos precedentes que visa resguardar a segurança jurídica das decisões judiciais, evitando que a parte processual seja surpreendida com decisão em orientação diversa ao que o próprio tribunal já se manifestou

⁵⁸⁰ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional.... cap. 1.2.5.1

⁵⁸¹ Ministro Luiz Fux em parte do seu voto: “Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão”.

⁵⁸² Os códigos anteriores de 1939 e 1973 foram sancionados na vigência do Estado Novo e do regime militar pelo General Médici, respectivamente.

⁵⁸³ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

previamente, conforme art. 926 e 927 do código processual⁵⁸⁴, a positivação dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes, requisitos objetivos para a fundamentação da sentença proferida por um magistrado⁵⁸⁵, nesse sentido o disposto no art. 11⁵⁸⁶ cumulado com o art. 489, §1º⁵⁸⁷ pode ser lido em conjunto com o exposto no art. 93, X da Constituição Federal de 1988.

Tais requisitos proporcionam maior racionalização ao processo judicial, evitando decisões arbitrais, casuísticas ou de fraca argumentação, se bem aplicados. Por fim, mas não a última das inovações trazidas, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que antes era exclusiva dos Tribunais Superiores, poderão ser realizadas pelos demais tribunais, estabelecendo, por exemplo, efeito *Ex Nunc*, não retroagindo para alterar situações consolidadas pelo tempo.

⁵⁸⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁵⁸⁵ Nesse sentido Cláudio Stábile Ribeiro afirma: Este dispositivo (art. 926) é um espelho da melhor doutrina constitucional das últimas décadas, tendo em Ronald Dworkin seu maior expoente. Para este autor, a base desta exigência está o princípio da igualdade, entendido como o tratamento de igual respeito e consideração. Nesse sentido, exigir coerência e integridade jurisprudencial é propugnar que todos os casos semelhantes sejam interpretados com a mesma consideração por parte dos juízes, e que estes construirão seus argumentos a partir de uma visão integrada de todo o direito, afastando-se, desse modo, eventuais arbítrios nas tomadas de decisão, e conferindo estabilidade e segurança jurídica ao direito brasileiro. RIBEIRO, Cláudio Stábile. O novo CPC e a garantia de segurança jurídica. In: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Et al. O Novo CPC. As consequências da advocacia. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 77.

⁵⁸⁶ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

⁵⁸⁷ Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Outrossim, é interessante ressaltar a recente modificação ocorrida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a introdução em seu rol dos arts. 20 a 30 por intermédio da Lei nº 13.655/2018.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira afirma que essa lei confere segurança hermenêutica na administração pública, para ele a lei pode ser dividida da seguinte forma: a) clareza normativa (arts. 29 e 30), que pretende estimular a Administração Pública a promover um entendimento, que deve ser público, acerca das interpretações que possuam caráter vinculante, bem como prestigiar a participação da população no processo de elaboração dos atos normativos, por via eletrônica; b) responsabilização do agente público por infração hermenêutica (arts. 22 e 28), este só pode ser responsabilizado quando de caso de dolo ou erro grosseiro, uma vez que é possível devido à contextualização da medida tomada, ser excluída ou atenuada a responsabilização e; c) invalidade de ato administrativo que possui quatro subdivisões, o princípio da motivação concreta (art. 20 e 21, caput); regime de transição (art. 23), com princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, § único) e com a declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade (art. 21, § único, e 22, caput e § 1º); convalidação por compromisso com ou sem compensações (art. 26 e 27), o que se insere no âmbito de administração pública consensual ou dialógica; e invalidade referencial (art. 24), o que permite a modulação da interpretação no tempo.

Para Flávio Tartuce, O Decreto-lei 4.657/1942, que instituiu a Lei de Introdução, é um conjunto de normas sobre normas, ou uma *lex legum*⁵⁸⁸, já que dispõe sobre as próprias normas jurídicas, conjecturando a sua compreensão e o sentido lógico das normas, sua aplicação no tempo e no espaço, e por fim discriminando as fontes do direito, agregando o estabelecido na Constituição Federal.

É como o nome já diz, trata-se da lei sobre as normas jurídicas brasileiras que possui importância não só no Direito Civil, mas em todos os ramos do Direito Público e Privado, salvo naquilo que for regulado de forma contrária por legislação específica, conforme Tartuce bem assevera, tem como objeto a própria norma e não especificamente o comportamento humano.

⁵⁸⁸ A lei das leis, tradução livre do latim.

Apesar da LINDB tratar exclusivamente das normas públicas, é possível que as regras de segurança hermenêutica, por meio da analogia, possam se estender para outros ramos do direito como o Direito Civil, mas sempre com uma análise pontual em cada caso concreto, e com base nos fundamentos e princípios inerentes ao ramo.

O artigo 20 apresenta em seu parágrafo único, que a motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Mas tal situação já consta no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, além do Novo Código de Processo Civil em vigor desde 2016, que em seu art. 489⁵⁸⁹, traz clara redação sobre a devida fundamentação das decisões judiciais.

Como Flávio Tartuce expõe “nada há de novo debaixo do sol”, já que a conservação de atos irregulares já era permitida em âmbito Constitucional, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade de uma lei sem pronúncia de nulidade, como também é possível no Direito Civil, através do princípio da conservação do negócio jurídico, a saber, o de propriedade aparente e o de usucapião, que preservam as situações fático-jurídicas criadas por atos jurídicos irregulares.

Ainda o art. 29 da LINDB prevê a consulta pública para manifestação de interessados, de qualquer órgão ou poder, antes da edição de atos normativos que deverá ser considerada na decisão, que conjuntamente com o art. 30 que determina que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Tais respostas terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam até ulterior revisão, o que demonstra a busca por transparência, clareza normativa e segurança jurídica.

Conclui-se que as Cortes Constitucionais, em especial o STF, não é o único e último intérprete da Constituição, e de tal modo, não pode ser insensível às interpretações já realizadas por todos os legítimos intérpretes da Constituição,

⁵⁸⁹ Já mencionado.

sob pena de se transformar numa Corte insensível aos reclamos principais da sociedade. Os Tribunais devem evitar transformar conflitos jurídicos em conflitos políticos.

5 CONCLUSÕES

Pertencer a um grupo social importa saber e reconhecer de fato que esse grupo pode exigir de nós certos atos e nos impor certos esforços e sacrifícios, como também limitar nossos desejos e prescrever determinadas formas as nossas atitudes.

Ser parte integrante de um grupo social qualquer implica, necessariamente, a submissão a um poder. Diogo Freitas do Amaral⁵⁹⁰, em suas lições traz com clareza como isso se desdobra, a vida em sociedade desenvolve-se em torno de grupos sociais bem determinados, a exemplo da família, a igreja, o clube, o município, o Estado, mas o que é recorrente é que em todos eles há uma autoridade social, que recebe o poder diretivo destinado a estabelecer regras de conduta, tomar decisões concretas em relação aos casos do dia-a-dia, e impor com autoridade as regras de conduta e as decisões concretas aos respectivos destinatários, e em caso de descumprimento, aplicar-lhes sanções⁵⁹¹.

Quando se diz que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”⁵⁹² Tem se em vista uma legitimidade democrática relativa, porque a legitimidade do poder decorre da vontade de parcela do povo, legalmente habilitada a escolher os dirigentes. Se pensarmos convenientemente, as próprias revoluções, muitas delas, cuidam de justificar seu poder na vontade do povo ou da nação, assentada a vontade coletiva se exteriorizou na vitória da revolução.

O Poder é por sua natureza e sua formação uma coerção. Ele traz a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia.

⁵⁹⁰ AMARAL, Diogo Freitas. Introdução ao Estudo do Direito... p.27.

⁵⁹¹ Em relação ao Estado as três funções como vimos remontam aos três poderes estabelecido por Montesquieu em suas obras.

⁵⁹² BRASIL, Constituição Federal, 1988, Art. 1, Parágrafo Único.

O princípio da separação dos poderes não é apenas uma técnica de divisão do trabalho perante o crescimento das funções do Estado, é uma técnica democrática, ou mais, uma técnica de liberdade.

Contudo a crise na separação dos poderes está estabelecida no Brasil. Isso não decorre de um passado recente, e sim de muitas idas e vindas durante todo o século XX, passando por períodos marcados pelo ativismo do poder Executivo que buscava ampliação de suas competências e interferência nos outros poderes, desaguando no atual século XXI, com uma mudança no ator do ativismo, entretanto, com os mesmos problemas institucionais, a terrível interferência de um poder nos outros para além de suas competências.

Hoje com o Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo temos um protagonismo judicial, o ativismo, como dito, ressurgiu em outra esfera do poder, o judiciário tenta ampliar suas competências e adentrar na esfera dos demais poderes.

A solução para essa problemática se encontra em nossa Constituição, aplicada a correta hermenêutica, poderemos achar o caminho para encontrarmos a independência e harmonia dos poderes, com o fortalecimento de nossas instituições democráticas.

Para que isso ocorra, devemos neutralizar a interferência do *poder de fato* dentro de nossas instituições democráticas, aquele que percorre os bastidores, que age em surdina e se esconde nos corredores do Congresso e do Planalto Central, que desloca a soberania popular do Estado para estruturas econômico-financeiras nacionais e transnacionais.

Verifica-se, num país de proporção continental, que um sistema de multipartidarismo sem cláusula de barreira, com um sistema proporcional de lista aberta e financiamento público, traz, conseqüentemente, uma aproximação entre política e corrupção.

A erosão no sistema político brasileiro decorre da mitigação dos partidos políticos, regida por grupos de interesses, acompanhada pela falta de programas bem definidos de governo, numa verdadeira representação simbólica que não consegue captar os reais interesses de seus representados.

Com a falta de sinceridade e honestidade dos políticos, faz crescer a sensação generalizada de que ninguém poderá permanecer na política sem recorrer ao engano. Tal sentimento suscita a interrogação que a democracia representativa não se terá transformado numa ficção, “num governo dos partidos e dos interesses, pelos partidos e pelos interesses e, para os partidos e para os interesses”⁵⁹³.

A história recente, por intermédio da transparência, publicidade, da tecnologia, e da mudança de cultura, vem escancarando todos os desvios cometidos pelos nossos representantes. Operações da Polícia Federal, investigações do Ministério Público revelam ao povo o “*poder de fato*”, que corrompe e aniquila a democracia, que esmaga o verdadeiro poder, aquele “do povo, para o povo e pelo povo”.

O dinheiro e o marketing se tornaram elementos decisivos no processo eleitoral nos últimos anos. Esses elementos que corrompem o processo democrático têm desempenhado um papel histórico nas tomadas de poder. Se antes, pela mídia tradicional, regimes autoritários foram elevados ao poder (nazifascismo), hoje com a internet, o ativismo político se informalizou através das redes sociais, especialmente Facebook e Twitter, isso sem contar a *deepweb*⁵⁹⁴.

No século XX, o rádio e a televisão marcaram o destino dos candidatos, através de slogans criativos e de investimento maciço em marketing, mas agora em pleno século XXI, na era da tecnologia esses modelos já estão desatualizados, estão passando por mutação, isso ficou visível através da eleição presidencial no Brasil do ano de 2018.

O candidato vencedor Jair Bolsonaro, com tempo reduzido de TV e Rádio, saiu vitorioso da disputa. Fez uma campanha voltada às mídias sociais, uma campanha quase que estritamente *on-line*, sequer compareceu aos debates televisivos do segundo turno das eleições. Gastou na campanha R\$ 2.456.215,93 (dois milhões quatrocentos e cinquenta e seis mil duzentos e

⁵⁹³ Ao contrário do poder do povo, para o povo e pelo povo. OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Almedina. Lisboa. 2007, p. 666.

⁵⁹⁴ Sítios ocultos de informação confidencial, e no qual são praticados diversos atos ilícitos na internet.

quinze reais e noventa e três centavos), valor inexpressivo perto de outros concorrentes ao mesmo pleito.

Destaca-se o desempenho de outros dois candidatos nas eleições presidenciais de 2018, Henrique Meirelles do partido MDB e o Cabo Daciolo do partido Patriota. Meirelles desembolsou aproximadamente R\$ 53.000.000,00 (cinquenta e três milhões de reais) ficando em sétimo lugar nas pesquisas⁵⁹⁵.

Daciolo, entretanto, somente gastou R\$ 808,00 (oitocentos e oito reais) e conseguiu ficar em sexto lugar, a frente de Meirelles. Isso demonstra uma viragem no modelo político brasileiro, tendo em vista o avanço tecnológico, pois não existem mais filtros entre a informação e o cidadão comum, que inclusive se tornou criador e disseminador de conteúdo, papel antigamente exclusivo das grandes mídias, tudo isso possível em um universo na palma da mão, na tela do celular.

Inclusive o presidente eleito continua com suas manifestações no twitter sobre temas da sua agenda política e semanalmente, todas as quintas-feiras, às 18h30min, faz *lives* no Youtube, também sobre temas que foram destaque na semana, demonstrando o impacto que a tecnologia tem realizado na realidade política atual, em que pese muitos criticarem e outros muitos elogiarem. A nosso ver tal prática é positiva, pois aproxima o Governante do seu eleitorado que pode semanalmente confrontá-lo sobre suas atividades no governo.

Claro que isso não confere melhor qualidade nas decisões tomadas pelo representante ou pelos representados. Ao analisar criticamente os fatores apresentados neste trabalho, fica claro que o nosso sistema político se encontra ultrapassado, ou pelo menos ineficiente, e, portanto, não atende mais nossa realidade e anseios sociais.

Deste modo, busca-se um modelo de sistema político, que numa análise comparada com o cenário internacional⁵⁹⁶, juntamente com uma visão transnacional, possa trazer eficiência democrática e um maior engajamento do cidadão com a vida pública.

⁵⁹⁵ Foi o candidato que mais gastou na eleição presidencial.

⁵⁹⁶ É notório que o presidente norte-americano Donald Trump, recorrentemente utiliza-se das mídias sociais para um contato mais próximo com seus eleitores.

É necessário voltar a atenção ao espírito geral da nação. Montesquieu afirmava que ao dar um espírito de pedantismo a uma nação naturalmente alegre, o Estado não ganhará nada com isso, nem por dentro nem por fora. Deixem-no fazer as coisas frívolas seriamente, e alegremente as coisas sérias⁵⁹⁷. Dito isso, o modelo a ser empregado no Brasil deve corresponder à nação brasileira, ao povo brasileiro. Não se nega a existências de alguns defeitos, se em geral o caráter é bom, deve-se procurar estabelecer leis compatíveis as suas maneiras, ao seu espírito, a fim de não tolher as suas virtudes.

Se não tivermos uma compreensão clara sobre os diversos fatores que influenciam a legitimação do poder, para então visualizarmos respostas institucionais que desejamos sobre o desempenho do legislativo, do executivo e do judiciário, com todos os defeitos e virtudes, continuar-se-á sob o véu da ignorância, principalmente sobre os conflitos que emergem da constante tensão que existe entre o direito e a política, que está na base do problema aqui investigado.

Para tanto, é necessário trazer o cidadão comum para o debate. Não acreditamos que a mudança imediata para um sistema parlamentar ou semipresidencialista melhoraria consideravelmente a qualidade democrática brasileira. Seria como entregar uma obra literária clássica a quem não sabe ler, o cidadão brasileiro não estaria preparado.

Muitos têm defendido uma mudança para o sistema parlamentarista ou semipresidencialista, em especial, pelo recente processo de impeachment, pois o Brasil tem um Congresso Nacional que não tem o poder de destituição do Presidente da República, salvo por intermédio do impeachment. Ressalta-se que este não foi o primeiro realizado no Brasil desde a Constituição de 1988. Em 1992, também foi aberto processo contra o presidente em exercício, Fernando Collor de Mello, que acabou renunciando ao cargo antes mesmo do término do processo de impedimento.

Trata-se de um processo eminentemente político e não jurídico, que tem por estopim crises de governabilidade experimentadas pelo Chefe de Governo, sem maioria parlamentar no Congresso Nacional ou ainda devido a um cenário

⁵⁹⁷ MONTESQUIEU. O espírito das leis... p. 317.

político-social, como se experimentou no último caso, em função dos escândalos de corrupção dentro do Governo.

Entendemos que a resposta, portanto, não deve ser uma mudança paradigmática para o parlamentarismo ou semipresidencialismo. Devesse antes realizarmos uma modificação estrutural interna com pequenos ajustes, para revigorar as instituições e os mecanismos atuais que possuímos, em especial, com o reforço dos plebiscitos e referendos tão importantes e que aproximam o cidadão para os temas que possuam relevância em sua vida cotidiana.

Com a revitalização de tais mecanismos, acreditasse que pouco a pouco uma maior consciência democrática seria implementada no eleitorado e acabaria por fomentar uma consciência democrática em cada indivíduo.

Mas para que tal situação ocorresse seria necessário que outros movimentos estruturais fossem postos em prática. Sublinhe-se como maior medida para alcançar esta eficiência, a aplicação de eleições intermediárias, de modo que as eleições em âmbito federal, estadual e municipal para o Poder Executivo e Legislativo ocorressem em datas separas, dando mais força ao eleitorado sobre a manutenção ou não dos partidos políticos e dos representantes eleitos, bem como um maior controle sobre as coligações implementadas por ambos os poderes, Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, a composição dos poderes mudaria a cada 2 anos, em âmbito federal teríamos a modificação da totalidade dos parlamentares da Câmara dos Deputados Federais e no Senado a proporção de um a dois terços⁵⁹⁸ em cada eleição para o Legislativo.

Nas eleições para Executivo, em âmbito federal, escolheríamos o Presidente da República, assim a título de exemplo nas eleições de 2020 se escolheria os membros do parlamento brasileiro e nas eleições de 2022 o Presidente da República, voltando novamente a escolha para o parlamento em 2024 e para Presidente em 2026⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ Cada estado brasileiro possui 3 cadeiras no Senado Federal, com mandatos de 8 anos cada, sendo substituído em uma votação 1 cadeira e na subsequente 2 cadeiras.

⁵⁹⁹ Mantendo a duração dos mandatos conforme a CF/88.

No sistema brasileiro atual elegeremos em 2020 os cargos municipais e em 2022 os cargos federais e estaduais do poder executivo e legislativo. Isso apresenta diversas debilidades na construção de políticas públicas e *governability*, principalmente no âmbito municipal, pois é o Governo Federal que detém maior concentração de competências legislativas e verbas para conduzir o país.

Assim, com a sistemática proposta, tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional arriscariam perder a maioria a meio do mandato, o que para o modelo brasileiro em específico seria ideal, já que o sistema de coalizão depende da formação de bases de apoio dentro do Legislativo e isso acabaria por fomentar uma maior interação dos cidadãos na escolha e na fiscalização de seus candidatos.

Do mesmo modo acarretaria que os candidatos estivessem mais atentos às necessidades e às exigências dos seus eleitores em detrimento das suas próprias, e conseqüentemente a negociação da formação da maioria no Congresso não dependeria da habilidade do Presidente em negociar cargos políticos e emendas parlamentares⁶⁰⁰. A escolha estaria nas mãos do eleitorado a cada sufrágio eleitoral, o período de fiscalização ou *feedback* dos representados sobre os representantes diminuiria em dois anos e não se perderia em qualidade legislativa, pois os mandatos ainda seriam de 4 anos para os cargos acima elencados, com exceção do cargo de Senador.

O eleitor seria a verdadeira mão sobre o leme do destino do país, conseqüentemente com mais governabilidade, ao contrário do passado recente de poderes Legislativos e Executivos travados⁶⁰¹, do campo político transformado em verdadeiro campo de futebol com holofotes, torcidas para ambos os lados e gritos de guerra ensaiados.

Outro ponto importante a se destacar seria a necessidade do reforço de mecanismos que potencializassem a controlabilidade pública sobre a

⁶⁰⁰ Recente pesquisa foi desenvolvida na Universidade de Oxford sobre o assunto, analisando oito países que possuem o sistema de presidencialismo de coalizão, identificando no Brasil, o maior fator influenciador para formação da base é a indicação a ministérios dentro do governo, e apontando que 95% dos parlamentares afirmam que o modelo promove um estilo de política de troca de favores. Disponível em: <https://www.politics.ox.ac.uk/materials/publications/15239/ccp-research-report.pdf>.

⁶⁰¹ Processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2015.

democraticidade interna e a transparência organizatória dos partidos. Para tanto, defende-se a convocação de convenções gerais, obrigatórias e simultâneas com a intervenção dos filiados quando da escolha de candidatos aos cargos do Executivo, já que no modelo atual, os partidos brasileiros são controlados por “caciques” que dominam o cenário interno do partido, tornando esses partidos inadaptáveis ao parlamentarismo em longo prazo, e sintoma principal da mitigação dos partidos no Brasil.

Em relação à cláusula de barreira, se implementados os artifícios acima elencados, ela acabaria por prejudicar os pequenos partidos que, por exemplo, não poderiam indicar lideranças ou membros para os cargos da mesa diretora e nem titulares para Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), além de perderem recursos do fundo partidário e horário de propaganda eleitoral em rede nacional de rádio e tv, o que não seria ideal para a oxigenação da política brasileira. Também sem a reformulação acima, a implementação da cláusula de barreira como controle a mitigação de partidos não seria o remédio ideal ou pelo menos trataria a doença, mas não suas causas.

Já em relação ao nosso sistema judiciário, conforme já arguido, é necessário que se aplique uma correta hermenêutica constitucional quando das decisões emanadas pelo nosso Tribunal Constitucional, com decisões juridicamente fundamentadas e não politicamente agradáveis. Para tanto, o estudo dos operadores do direito brasileiro sobre princípios jurídicos deve ser revisto, em especial, ao analisar a fórmula “refinada” de peso de Alexy, pois ela pode contribuir para que cada vez mais tenhamos decisões coerentes, que fomentem uma segurança jurídica no cidadão brasileiro e que permita que o princípio democrático seja respeitado.

Ademais, somente com o fortalecimento da educação, o cidadão estará mais apto a escolher os seus representantes que exercerão o poder político em seu nome, e em conformidade com as necessidades da sociedade em questão, sem defender interesses conservadores ou de determinados segmentos.

Outrossim, tais mudanças poderão viabilizar ou fomentar uma mudança institucional sem criar ainda obstáculos aos menos favorecidos ou na efetivação

de direitos e garantias fundamentais, o que de toda sorte, promoverá pouco a pouco uma melhoria do sistema político brasileiro atual.

Ao entendermos como o Estado e o Poder se formam, como as decisões judiciais são prolatadas, como o Executivo e o Legislativo devem agir e como o cidadão pode exercer sua cidadania, principalmente por intermédio de uma participação mais presente e ativa, é que o sistema político brasileiro se transformará. A educação e a pesquisa têm papel fundamental nessa jornada.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABRÃO, Bernadette Siqueira. **História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ALEXANDRINO, José Melo. **Linhas do Constitucionalismo Português e Brasileiro**. In: **Portugal e Brasil – Um Direito Comum No Bicentenário Do Reino Unido**. Gráfica de Espinho. 2016.

ALEXY. Robert. **Formal principles: Some replies to critics**. International Journal of Constitutional Law 12, 3, p. 511-524, 2014.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2015.

_____. **Direito, razão, discurso: estudos para a Filosofia do Direito**. 2. Ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Una defensa de la Fórmula de Radbruch**. Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade de Coruña. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/?sequence=1>>. Acesso em 03 set. 2020.

AMARAL, Diogo Freitas. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. Almedina. Coimbra. 2004.

ANDRE, José Gomes. **Os contributos de James Madison para o constitucionalismo moderno.** In: Direito & política. nº 4 (Jul.-Out. 2013) - Loures, 2012. p. 64-79.

ATLAN, Henri. **Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant.** Paris: Seuil. 1979.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARBAS HOMEM, António Pedro. **O Justo e o Injusto.** Lisboa: AAFDL Editora. Reimpressão, 2017.

_____. **Introdução.** In O debate da Justiça: Estudos sobre a crise da Justiça em Portugal. GOUVEIA, Jorge Bacelar. BARBAS HOMEM, António Pedro. Organização. Lisboa: Vislis Editores, 2001.

_____. **História do Pensamento Político.** In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Sobre o Ensino Jurídico-Histórico na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque: Volume I. MIRANDA, Jorge. Organização. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Do Direito Natural aos Direitos do Homem,** em António Pedro Barbas Homem / Cláudio Brandão, Do Direito Natural aos Direitos Humanos, Coimbra, Almedina, 2015.

_____. **O Pensamento Jusfilosófico de Manuel Gomes da Silva,** in Revista Estudos Filosóficos nº 14/2015. São João del Rei. 2015. Pág. 145/160

BARRETO, D. José Trazimundo Mascarenhas. **Memórias do marquês de Fronteira e de Alorna ditadas por ele em 1861.** Disponível em: <http://purl.pt/12114/4/hg-29872-v/hg-29872-v_item4/index.html>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin.** São Paulo: Unimarco: Fapesp, 2001.

BARROS FILHO, Clóvis de. **Política: nós também sabemos fazer**. 1 ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

_____. **A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria in: Separação de poderes; aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário**. Org. Novelino. Marcelo. 1 ed. Salvador. Juspodivm. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do estado: Filosofia política e teoria da democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 1 ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2018;

BOBBIO, Norberto. Estado, **Governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 83.

_____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Matteucci, Pasquino, **Dicionário de política**, 5. ed., 2000, v. 2.

BODIN, Jean. **Lessix livres de la République**. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, n° 4619. Classiques de la philosophie.

BOHMAN, James. **Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy**. Cambridge. MIT Press, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo Luso-Brasileiro: Influxos Recíprocos**. In: Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra Editora. 1996.

_____. **Ciência Política**. 21º Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CABRAL, Guilherme Perez. **A história da educação e do direito à educação no Brasil**. In: BITTAR, Eduardo. História do direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAETANO, Marcello. **História breve das Constituições Portuguesas**. Editorial Verbo. 3ª Edição. 1971;

_____. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6ª ed. rev. e ampliada reimp. - Coimbra: Almedina, 1983.

_____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1998. Pag. 13.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO, Amanda Sanches Daltro. **(Des)Governança na atuação do executivo e do judiciário na promoção da saúde brasileira**. in: Separação de poderes; aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário. Org. Novelino. Marcelo. 1 ed. Salvador. Juspodivm. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CASTRO, Jonathas Ramos. **Rox non moritur: a soberania na sociedade em rede**. Notandum 46. Porto. Jan-abr-2018.

CHARTIER, Roger. **Do código ao monitor: a trajetória do escrito**. Estud. av. 1994, vol.8, n.21.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias - 1900**. Tradução, Lydia Cristina. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Agir, 2002. Título Original: Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel à nos jours.

COHEN, Joshua. SABEL, Charles. **Directly-Deliberative Poyarchy**. European Law Journal, 3: 313-342, 1997.

CRIADO, Ignacio. **Lasadministraciones Publicas em la Era de Gobierno Aberto: gobernación inteligente para um cambio de paradigma em lagestión pública**, in REP-173-jul/set, 2016.

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

_____. **APoliarquia: participação e oposição**. 1. ed. 1. reimp., São Paulo: Edusp, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUVERGER, M. **A new political system model: semi-presidential government**.(1980) EuropeanJournalofPoliticalResearch, 8, 165-187.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 136.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, V.S. A. **Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica: Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**, 1ª edição: Editora Saraiva, 2015. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502631625/>. Acessado em: 30 jul. 2020.

FILOMENO, José Brito. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**, 10.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FONSECA, Tania Schneider, **O debate entre Herbert L.A. Hart e Ronald Dworkin**. Seara Filosófica. N. 4, Verão, 2011, pp. 45-64.

FRANCISCO, José Francisco. **(Neo) constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista**. In: **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey; 2012.

FRANCO, Vasco Seixas Duarte. **SEMIPRESIDENCIALISMO EM PORTUGAL: PODERES PRESIDENCIAIS E INTERAÇÃO COM O GOVERNO (1982-2016)**, 2017, 632, f. tese (Doutorado em Direito) – Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional. Introdução, parte geral, parte especial**. 5^a Ed. Volume I. Almedina, 2013.

GRAMSCI, Antônio. **Maquiavel, a política e o estado moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1989.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 04, feb. 1958, p. 593-629.

_____. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1991.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). **Mapa do Analfabetismo no Brasil**. Brasília, 2003.

_____. Resumo Técnico. **Resultados do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica 2005-2015**. Brasília, 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires. Albatros. 1981.

_____. **Teoría general del Estado**. 2. Ed. Mexico; Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 379-380.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. **Essência e valor da democracia**. In: Arquivos do Ministério da Justiça, nº 170, p. 63-129, 1987. Pag. 82

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

LACERDA, Bruno Amaro. **O raciocínio jurídico: uma visão aristotélica**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da FD da UFMG. 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Patternsofmajoritarianism and consensus Government in Twentune countries**, New Heaven, 1984.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Simbolismo da atuação do STF em direito à saúde**. Curitiba: Juruá. 2017.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. 4. reimp. Barcelona: Ariel, 1986.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos**. Kriterion, Belo Horizonte, vol. 51, n. 121, p. 227-258, jun./2010. Acessado em 24/01/2020.

MARTINS. Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>> acesso em 12 abr. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net>> Acessado em: 25 abr. 2019.

MARNOCO e SOUSA. **Direito político: poderes do estado, sua organização segundo a sciencia política e o direito constitucional português**. Coimbra. 1910, Pag. 113.

MARTÍNEZ, Gregorio Paces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales – teoría general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

MEDEIROS, Marcelo. **O que faz os Ricos ricos - o outro lado da desigualdade brasileira**. São Paulo: Huitec/Anpocs. 2005.

MCCULLAGH, Karen. **E-democracy: potential for Political Revolution?**, International Journal of Law and Information Technology, Volume 11, Issue 2, SUMMER , Pages 149–161.

MCGARRY, Daniel D. ***The Metalogicon of John Salisbury: A Twelfth-century Defense of the Verbal and Logical Arts of the Trivium***. University of California Press, 1955.

MCLUHANN, Marshall. **Os Meios de Comunicação como Extensão do Homem**. São Paulo: Cultrix, 1964.

MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, vol. I, Coimbra, 1996;

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**, Editora Forense, 2002.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Manual de Direito Constitucional – Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais**, tomo I, 9.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

_____. **A constituição no limiar do século XXI**, Ed. AAFDL. 2016.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco. **Curso de Direito Constitucional**. Coimbra, 2015.

_____. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Edições Almedina S.A: Lisboa, 2018.

NALINI, José Renato. **O ensino da justiça (ou a renovação da docência jurídica)**. In **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. CERQUEIRA, Daniel Torres de. CARLINI, Angélica. FILHO, Carlos de Araújo Almeida. Organização. Campinas: Millennium Editora, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª Edição. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo. 2009.

_____. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2014.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** 1. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** 2ª Ed. AAFDL Editora. Lisboa. 2016.

_____. **Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo,** AADFL, Lisboa, 2017

_____. **Semipresidencialismo – Volume I: Teoria do sistema de governo semipresidencial.** Coimbra: Almedina, 2007.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. QUINAIA, Cristiano Aparecido. **Estado de Coisas Inconstitucional: Do Precedente Colombiano ao Leading Case Brasileiro.** Editora Unijur. Ano 6. Nº 12. Jul/Dez. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal: TCU ou órgão correccional próprio.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24056>>. Acessado em: 31 de mai, 2018.

_____. **A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho/2018, p. 2 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acessado em: 20 de jun, 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** São Paulo: RT, 2014.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume I. Almedina. Lisboa. 2007.

_____. **Direito Constitucional Português, vol. I – Identidade constitucional**, Almedina, 2010;

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. FACHIN, ZulmarAntonio. **Movimentos Sociais na Constituição Brasileira de 1988 A Construção da Democracia e dos Direitos Humanos**. In: Revista de Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijur. Ano 6. Nº 12. Jul/Dez. 2018.

PERNICE. Ingolf. ***The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism A Legal Response to the Challenges of Globalisation***. WHI - Paper 9/08. Essays in Honour of Christian Tomuschat. Berlin. 2006, pp. 973-1006.

POGREBINSCHI. Thamy. **Judicialização ou representação? Política, Direito, e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, Konrad AdenauerStiftung, 2011.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários a constituição de 1967**, Rio de Janeiro: LTr, 1967.

POSNER. Richard A. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2010.,

QUINTANA, Segundo V. Linares. ***Tratado de laCienciadelDerecho Constitucional***. Buenos Aires: Plus Ultra, 1988, t. VIII.

RAZ, Joseph. **H. L. A. Hart**. In; H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciências Sociais. Nº 28. Valparaíso Ed. Universidade de Valparaíso, 1986. p. 17-31. p. 19

RIBEIRO, Cláudio Stábile. **O novo CPC e a garantia de segurança jurídica**. In: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Et al. O Novo CPC. As consequências da advocacia. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

RIVERS, Julian. **Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing**. In: PAVLAKOS, George (Ed.). Law, Rights and Discourse. Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007. P. 187

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. **Do contrato Social**. Ed. RidendoCastigat Mores. Ebook. Liv. III. Cap. XV
Disponível em:
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>> acessado
em: 05 de mar de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a Democracia**, 2ª Ed. Lisboa, 2002.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**; trad. de. Sergio Barth. –
Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1996.

_____. **Ingeniería constitucional comparada**. 3. ed. 2. reimp. México: Fondo de
Cultura Económica, 2005.

_____. **Teoría de la Democracia**. Madrid. 1988.

SCHUMPTER, J. A. **Capitalism, Socialism and Democracy**, New York. 1942.

SICHES, LuisRecaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**, Editorial
Porrua, 1959.

SIECKMAN, Jan-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy**. Bogotá:
Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo:
Malheiros, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face
da globalização**. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Marcelo Rabelo. **Direito Constitucional**. Braga: 1979.

STRECK, Lenio Luiz. **Apontamentos hermenêuticos sobre o marco Civil
regulatório da internet**. In LEITE, George Salomão, LEMOS, Ronaldo (Coord.).
Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas. 2014.

_____. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TENÓRIO, Oscar. **Considerações sobre o poder político**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. 1967. Pag. 46.

VEIGA, Paulo. **DEMOCRACIA EM VOGA E E-POLÍTICA, E-DEMOCRACIA E E-PARTICIPAÇÃO: BREVÍSSIMAS REFLEXÕES**. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1546>. Acessado em: 28 ago. 2020.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **Curso de Direito Romano**. Volume I. 1ª Edição. Lisboa: Princípia Editora, 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. 2. Ed. Madrid: Tecnos, Vol. II. 1976.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Transconstitucionalismo ambiental sob a perspectiva luso-brasileira**, Provas complementares de Doutorado em Ciência Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. São Paulo: Scipione, 1997.

VICTOR Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de Coalizão: Exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VITA, Álvaro de. **Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas?** In COELHO, Vera Schattan P. **Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo**. São Paulo. 2004. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=m06_7b9bhJoC&oi=fnd&pg=PA107&dq=democracia+deliberativa+ou+igualdade+de+oportunidades&ots=9rfYJES4md&sig=TU7cbWTjF_bXUJDvfEym899JWVA#v=onepage&q=democracia%20deliberativa%20ou%20igualdade%20de%20oportunidades&f=false (acessado em 26 ago. 2020).

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2001. v. 1 e 2.